

"And Justice for All?" על הקושי שבקביעת הלכות כלליות על בסיס מקרים קיצוניים

בעקבות בג"ץ 3959/99
התנועה לאיכות השלטון נ' רמי דותן ואח'

הדר אבירם*

1. מבוא: Hard Cases Make Bad Law. 2. בג"צ 3959/99 – קביעות בית המשפט לעניין הועדה לעיון בעונש. 3. נקודות המחלוקת המרכזיות על פסק הדין. 4. הועדה הצבאית לעיון בעונש: מוסד שמהותו בחינת מסוכנות מול שיקום. 5. ועדות השחרורים בישראל: מקומם של שיקולי חומרה במסגרת העיון בעונש. 6. ועדות השחרורים בארה"ב: מדוע אין לרתום "סוסים" אמריקאים למרכבה ישראלית. 7. מקומם הטבעי של שיקולים צבאיים לחומרה – בפסיקת בתי הדין הצבאיים. 8. שיקולים צבאיים כגורם לקולא – ההיבט החוקתי. 9. שיקולים צבאיים כגורם לקולא – מאפייני העברייני הצבאי: ההשלכות השליליות של החלת הסטנדרטים המתאימים למקרה רמי דותן על מכלול המקרים. 10. סיכום: שינוי שיטת הענישה בישראל – מלאכה המתאימה למחוקק.

* סרן. לשעבר קצינת מחקר והדרכה בבית הספר למשפט צבאי. כיום סניגורית צבאית, עוזרת הסניגורית הצבאית הראשית; בעלת תואר ראשון במשפטים, תלמידת המכון לקרימינולוגיה שליד הפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית. תודתי מקרב לב לאל"ם רחל דולב, לסגן אור בסוק ולעו"ד דן יקיר, על הערותיהם המועילות והנבונות.

1. מבוא: Hard Cases Make Bad Law

"We must accept the fact that for better or for worse judges do make law, and tackle the question how do they approach their task and how should they approach it"¹.

אחד מאתגריה המרתקים ביותר של המערכת השיפוטית הינו ההתמודדות עם "מקרים קשים". המקרה הקשה הינו מצב, בו ההלכה הכללית, אף אם היא צודקת ומבוססת, אינה מתאימה לפתרון בעיה שהתעוררה במקרה קונקרטי.

במצב מסוג זה, עומדות בפני השופט שתי חלופות, אותן היטיב להציג כבוד הנשיא אגרנט במילים הבאות²:

"על סמך נסיוני השיפוטי בעבר, בידי להעיד כי בשעה שעומדת בפני השופט שתפקידו להכריע בסכסוך, הברירה ליצור נורמה משפטית כללית, או למשוך ידו מהליך זה, עשוי להתחולל בקרב מתח מסוים. המתח הנפשי שנוצר נעוץ מצד אחד, ברצונו להעז ולבחור בחלופה הראשונה כדי להגיע לתוצאה הנראית לו צודקת בנסיבות העניין; ומן הצד האחר, ברצונו לנקוט משנה זהירות שיפוטית ולבחור בחלופה השניה, שמא יגלוש לתחומה של הרשות המחוקקת הריבונית, ובכך יפר את עקרון הפרדת הרשויות. לדעת, הפיתרון האידיאלי לדילמה זו הוא, לחתור לאיזון מירבי, ככל האפשר, באשר ליישום המידות של עוז-רוח שיפוטי מזה וריסון עצמי שיפוטי מזה".

קריאת בג"צ 3959/99 **התנועה לאיכות השלטון נ' רמי דותן ואח'** (טרם פורסם)³, מובילה, לדידי, למסקנה, כי האיזון בו דיבר הנשיא אגרנט לא התקיים בפסק הדין.

עניינה של פרשת רמי דותן בעתירה מטעם התנועה לאיכות השלטון, בה נתבקש בג"ץ להפוך את החלטת הועדה הצבאית לעיון בעונש לשחרר את רמי דותן במלאת שני שלישים לריצוי עונשו. בג"ץ קיבל את העתירה, בקובעו קביעות בשני מישורים: מישור ענייני הפרטי של המשיב, מר דותן, והמישור הכללי, המתייחס לשיקוליה של הועדה הצבאית לעיון בעונש. במסגרת המישור הכללי פסק בג"ץ, כי על הועדה לעיון בעונש

¹ Harrison v. Carswell (1976) 2 S.C.R. 200, 218¹ כמצוטט אצל א' ברק **שיקול דעת שיפוטי** (פפירוס, תל-אביב, התשמ"ז).

² ש' אגרנט "תרומתה של הרשות השופטת למפעל החקיקה" **עיוני משפט** י' 233, 256.

³ להלן: "פרשת דותן" או "מקרה דותן".

לשקול "שיקולים צבאיים" הנוגעים לחומרת העבירה, וזאת בניגוד להלכה הנוגעת לועדת השחרורים האזרחית.

למקרא פסק הדין מתעוררת התחושה, כי עקרון הפרדת הרשויות, המחייב כי הלכה חדשה ובעלת תחולה כללית מסוג זה תיעשה על ידי המחוקק, לא זכה למשקל המתאים. רצונו של בית המשפט העליון להגיע לפתרון במקרה בודד וחרגי, הובילו לטעות משפטית קשה אשר גורמת, ותגרום, עוול למכלול המקרים, שהינם שונים באופן קיצוני מפרשת דותן.

ניתן היה, לכאורה, לטעון, כי לעתים גובר ההכרח לעשות צדק במקרה הקונקרטי על הצורך ביציבות ההלכה הכללית. ה"מקרים הקשים" מעמידים את הערכאות השיפוטיות בפני דילמות מצפוניות קשות. דוגמא למקרה שכזה הינה פרשת קניג נ' כהן⁴, בה נדון עניינה של אישה, אשר בעלה מירר את חייה עד ששמה להם קץ. האישה הותירה פתקים רבים, בהם הצהירה מפורשות על כוונתה, כי הבעל לא יזכה בירושה. ואולם, הפתקים לא נשאו חתימה ותאריך, כנדרש מצוואה תקפה.

בית המשפט העליון החליט, ברוב דעות, שלא להכיר בפתקים כצוואה תקפה. בפסק דינו של כבוד הנשיא לנדוי מוצגת הדילמה הקשה שעמדה בפני השופטים, והפתרון שמצאו לה:

"איש מאתנו אינו מתעלם מן הכלל הגדול, שמצווה לקיים את רצון המת, וכולנו רוחשים אהדה עמוקה לאישה אומללה זו שגורלה המר עמה, עד שמצאה מפלט לעצמה במעשה הנורא של התאבדות תוך המתת ילדתה בת השלוש. אבל אהדה זו אסור לה שתביאנו לידי מסקנות משפטיות קיצוניות, השובות את הלב במקרה הקונקרטי, אך אין הן עומדות במבחן של דבר המחוקק"⁵.

במאמרי זה לא אתייחס כלל לשאלה, מהי ההחלטה הצודקת במקרהו הפרטי של דותן. עם זאת, אבקש לטעון, כי להלכת בג"ץ בפרשת דותן, וכנובע ממנה, לשיקולי הועדה לעיון בעונש, השלכה רחבה על הצדק הכללי. העמדה שהובעה בפסק הדין, החורגת באופן קוטבי מהעקרונות שהתוותה הלכתו רבת השנים של בית המשפט העליון בנושא, ואשר נדמה כאילו הורתה ולידתה בתחושה כי יש לעשות כל שניתן כדי שלא לשחרר את המשיב, מר דותן, לפני תום ריצוי עונשו, משפיעה, ותשפיע, לרעה, על דינם של כלל החיילים המופיעים בפני הועדה הצבאית לעיון בעונש.

⁴ ד"נ 40/80 קניג נ' כהן, פ"ד לו (3) 701.
⁵ שם, עמ' 747.

לפיכך, לפנינו מקרה בו השאיפה להגיע לפתרון רצוי במקרה קונקרטי אחד, הובילה להלכה בעייתית וקשה ביותר, ההופכת מושכלות יסוד של סדר הדין הפלילי, מעניקה לועדה לעיון בעונש סמכויות שאינן הולמות את טיבה, מטרתה וסדריה, ועלולה להשפיע לרעה לטווח הארוך על שיקומם של חיילים שדינם נגזר בפני בית דין צבאי. יותר מכך, בפסק הדין לא נכללה כל התייחסות לדינם של כלל החיילים, ולא נעשתה כל יוזמה פעילה להתאים את ההלכה לכלל המקרים.

בטרם נפנה אל הדיון העקרוני, נבחן את הלכת בג"ץ בפרשת דותן.

2. בג"צ 3959/99 – קביעות בית המשפט לעניין הועדה לעיון בעונש

בניתוח המישור הכללי של פרשת דותן, נראה כי הלכת בג"ץ נשענת על היסודות הבאים:

- (1) ההקלה בעונש הינה חסד ולא זכות. מן התיבה "להמתיק", המופיעה בסעיף 510 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו - 1955,⁶ למדים אנו על הקבלה מסוימת בין סמכויות הועדה לעיון בעונש ובין סמכויות הרמטכ"ל, ואף סמכויות נשיא המדינה, להקל בעונשים;
- (2) "השאלה הנשאלת היא איפא, אם עיקרים העושים את הועדה הצבאית זהים הם – או, דומים הם במאוד – לעיקריה של הועדה האזרחית", והועדה האזרחית אמנם אינה שוקלת שיקולים הנוגעים לחומרת העבירה באשר היא;
- (3) "האווירה הכללית בה פועלת הועדה הצבאית היא אווירת צבא, ואווירה זו נושמת הועדה מלוא ריאותיה. לא יהא זה ראוי, לטעמי – אף לא יהיה זה נכון – אם נתעלם מהקשר כולל זה ונפרש את כוחותיה של הועדה במנותק ממקומה". חברי הועדה הינם אנשי צבא, ותחום הפרישה של שיקוליה הינו התחום הצבאי;
- (4) לצבא מאפיינים ייחודיים במינם, ובהם מבנהו ההיררכי, המשמעת השוררת בו, התלות ההדדית בין החיילים, וחשיבות האמינות ויחסי האמון. מאפיינים אלה באים לידי ביטוי גם בפסקאות ההגבלה השונות לחיילים ואזרחים אשר בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו;
- (5) בועדה הצבאית האמריקאית לעיון בעונש, נשקל, בין היתר, "the effect its decision may have on the deterrence of the offender and others from committing other

⁶ להלן: "החש"צ".

"the need for good order and discipline within the ,וכן , or similar crimes"
; army".

(6) שיקולים צבאיים, כגון "שיקולי המוראל בצבא; שיקולי הלכידות החברתית; אמון חייל בחייל וחייל במפקד; חוסנו של הצבא; השפעתה של החלטה על הלוח הרוחות בצבא", הינם שיקולים ראויים במסגרת הועדה הצבאית לעיון בעונש;

(7) גם בעניינים הנוגעים לפלילים ולענישה קיימת חשיבות ל"מהותו ואופיו של השירות", כאמור בפסיקת בג"ץ⁷;

(8) לא בכל מקרה יהיה מקום להתחשב בשיקולים הצבאיים, אך במקרים המתאימים יש ליתן להם את משקלם הראוי;

(9) גם להלכה בדבר שיקולי הועדה האזרחית קיימים חריגים, ובנסיבות מיוחדות ויוצאות דופן ראוי גם לועדה האזרחית להתחשב בשיקולי הרתעה, כנהוג בועדת ה-parole האמריקאית.

3. נקודות המחלוקת העיקריות על פסק הדין

קצרה היריעה מלעמוד על משמעויותיו הרבות של פסק הדין. במסגרת מצומצמת זו, תתרכז ביקורתנו נגד פסק הדין במספר נקודות מרכזיות.

ראשית, אופן הפרשנות של סמכויות הועדה צריך להיגזר ממטרותיה ומעקרונותיה (ניתוחם של עקרונות אלה מובא בפרק 4 להלן). במישור זה, אין כל דמיון בין סמכויות הועדה לסמכויותיהם של נשיא המדינה או הרמטכ"ל, שמקומן במסגרת ההליך, והפונקציה שהן ממלאות בהליך הפלילי הינן שונות לחלוטין מזו של הועדה, הגם שבהגדרת מכלול הסמכויות נעשה שימוש בביטויים דומים.

יותר מכך, בדומה לועדה האזרחית, מטרתה המרכזית של הועדה לעיון בעונש הינה מטרה של בחינת האינדיבידואל, על פוטנציאל השיקום והמסוכנות הגלומים בו, בראיה צופה פני עתיד, ולא מטרה פומבית ו"חינוכית" של ענישה. שיקולי חומרה, כשלעצמם, מקומם הטבעי הוא בבית המשפט או בבית הדין, השומע את הראיות, ולא בגוף הבוחן חומר שונה לחלוטין בטיבו, והפועל על פי סדרים שונים לחלוטין (עניינים אלה יידונו בהרחבה בפרק 5 להלן).

⁷ בג"ץ 5000/95 ברטלה נ' הפצ"ר, פ"ד מט(5) 64.

בחינה תכליתית – מהותית, ולא דווקנית, של השיקולים הראויים להישקל במסגרת מיוחדת זו של עיון בעונש, מביאה למסקנה, כי דברי בית המשפט העליון, למן שנות החמישים, שהתייחסו לגדר השיקולים המתאים לועדת השחרורים האזרחית, וששללו מפורשות את שיקול חומרת העבירה כשלעצמה, יפים באותה מידה גם לועדה הצבאית.

אשר להשוואה לועדה הצבאית האמריקאית לעיון בעונש, השוואה זו אינה, לדעתי, במקומה. ועדה זו דומה במהותה עד מאוד לועדה האמריקאית האזרחית, ושתיהן פועלות במסגרת הליכי ה-parole, המצויים במסגרת שיטת ענישה (sentencing) הרחוקה כרחוק מזרח ממערב משיטת הענישה הישראלית (עניין זה יסקר בפרק 6 להלן).

שנית, קיימת "זירה" בה מובאים שיקולי ההרתעה הייחודיים לצבא בחשבון, במידה ובאופן הראויים. המדובר, כמובן, ב"זירת" בתי הדין הצבאיים, שחברי המותב בהם הינם, כחברי הועדה לעיון בעונש, אנשי צבא, ואשר מתייחסים להיבטי המשמעת הצבאית ולחומרה הנודעת למעשי עבירה הנעברים במסגרת הצבא במסגרת שיקולי הענישה שלהם בפרט, ובמסגרת המדיניות המחמירה והמרתיעה של שיטת המשפט הצבאית בכלל (ור' בפרק 7 להלן).

כן ייטען, כי בתחומים מסוימים של המשפט הפלילי הצבאי משמעות "מהותו ואופיו של הצבא" אינה רחבה כבמקרים אחרים. בתחום זה של שיקום לעומת רצידיביזם (חזרה על דפוסים עברייניים) ושל בחינה בתר-שיפוטית של עונש, כמו בתחומים אחרים (כגון משך המעצר הראשוני בצבא), נפקותם של השיקולים הצבאיים המיוחדים מצומצמת בהרבה מאשר בתחומים פליליים אחרים, דוגמת מדיניות העמדה לדין ומדיניות ענישה (ור' בפרק 8 להלן).

בנוסף לכך, אף אם נקבל את התיזה לפיה בעניינם של חיילים קיימים שיקולים צבאיים מיוחדים, ראוי היה לבחון ביתר זהירות מהם השיקולים המתאימים לכל מקרה ומקרה, ולא דווקא למקרה החריג בפרשת דותן.

בצד מאפייניו של הצבא שנמנו בהחלטה, קיימים מאפיינים ייחודיים – ורלוונטיים הרבה יותר לענייננו, והם מאפייניו המיוחדים של "העברייני הצבאי". עבריינותו של העברייני הצבאי נקבעת, במידה רבה, לא על פי השתייכותו לתת תרבות עבריינית ולא על פי עברו הפלילי, אלא על פי הנורמות המקובלות בחברה בה הוא מצוי. למאפיינים אלה לא נדרש בג"ץ בהחלטתו, חרף זיקתם הברורה מאליה לתפקידי הועדה לעיון בעונש ולשיקוליה המתבקשים (עמדתו בעניין תתואר בהרחבה בפרק 9 להלן).

דווקא העובדה, שחברי הועדה הינם אנשי צבא, ושהיא פועלת במסגרת הצבא, מאפשרת להם לבחון כל עבירה וכל עבריין מתוך האספקלריה הצבאית, תוך הכרת האוכלוסייה בה מדובר, תוך שקילת שיקולי שיקום חשובים וייחודיים (שראש וראשון להם הוא הסיכוי כי החייל יחזור לשרת בצה"ל), ותוך הבנת ההקשר בו נעברה העבירה ובו מצוי העבריין.

כמו כן, נראה כי הקביעה, לפיה ראוי לסייג את השיקולים הצבאיים למקרים המיוחדים והמתאימים, לא זכתה להבהרה ולהרחבה הראויות. היות שלגבי כל עבירה הנעברת במסגרת הצבא ניתן לטעון, כי משנה חומרה נלווה אליה אך בשל ה'צבאיות' שבה, אין לקביעה הכללית הזו משמעות ממשית. לפיכך, ראוי היה להדגיש, כי שיקולי החומרה הצבאיים שנמנו מתאימים למקרים בסדרי גודל חריגים, דוגמת עניינו של מר דותן, ואין הם מציינים את הועדה בכלים המתאימים לטיפול בענייניהם של כלל ציבור החיילים שעניינם מובא לפניו, שבמקרה הרגיל הינם שונים תכלית שינוי מעניינו של מר דותן.

לבסוף, העמדה התיאורטית הרחבה אותה מביא בג"צ בסיום פסק הדין, לפיה יכול שראוי לשקול במסגרת שיקולי ועדת השחרורים האזרחית גם שיקולים הנוגעים לחומרת העבירה ולהרתעה, דורשת בירור ובדיקה יסודיים ביותר, ואם אמנם קיימים שיקולים המצדיקים "אמריקניזציה" של שיטת הענישה הישראלית, צריכים הם להישקל על ידי המחוקק, במסגרת חשיבה מעמיקה ורפורמה מקיפה (עניין זה יידון בפרק 10 להלן). אין לחולל שינויים כה מרחיקי לכת על דרך של הכרעה שיפוטית במקרה כה חריג.

4. הועדה הצבאית לעיון בעונש: מוסד שמהותו בחינת מסוכנות מול שיקום

בטרם נקבע מסמרות בדבר נחיצותם ומקומם של שיקולים צבאיים בועדה לעיון בעונש, מן הראוי לעמוד על טיבו של מוסד זה ועל גדר שיקוליו ההגיוני מתוך מבנהו וסדריו.

סעיפים 509-513 לחש"צ, העוסקים בועדה לעיון בעונש, תוקנו באופן יסודי ומעמיק בשנת 1986, בעקבות דיוני ועדה בראשות כב' השופט שמגר (כתוארו אז).

לאור ההבדלים בין הועדה לעיון בעונש המקורית לזו שלאחר התיקון, נקל לעמוד על המגמות אשר ביכר המחוקק להדגיש ביצירת מוסד זה.

עד התיקון, ישב בראש הועדה הפצ"ר או בא כוחו, ולצידו שני קציני צבא בדרגת סא"ל, שמונו על ידי הרמטכ"ל. ההרכב הנוכחי דומה הרבה יותר להרכבה של ועדת השחרורים האזרחית: בראש הועדה עומד שופט צבאי-משפטי, ולצדו אדם בעל ניסיון בתחום

הטיפול באסיר, שימנה שר הביטחון, וקצין בדרגת סא"ל ומעלה שימנה הרמטכ"ל. על פי דברי ההסבר להצעת החוק, שנתקבלה ללא הסתייגויות, "הרכב זה נועד להבטיח מתן משקל למעמדו של פסק הדין – מצד אחד, ולבעיות האנושיות ולאפשרות של שיקום האסיר – מצד שני"⁸.

לועדה לעיון בעונש סמכות להפחית עד כדי מחצית מעונשו של האסיר. המחוקק אמנם הכיר בכך שהיעדר תקופה מינימלית, אשר תיקבע בחוק, אותה יהיה על חייל לרצות בטרם תוכל הועדה לעיון בעונש לדון בעניינו, פוגע במעמדו של בית הדין הצבאי, ולפיכך קבע תקופה מינימלית כזו; אך המלצת ועדת שמגר, לקבוע כתקופה המינימלית שני שלישי מתקופת המאסר שנגזרה על החייל, לא נתקבלה⁹. תחת זאת בחר המחוקק לדון בעניינו של חייל עם תום מחצית מעונשו. הדבר לא נעשה כדי להפוך את הועדה לחלק ממערכת הענישה הצבאית; ההיפך הוא הנכון: המטרה הייתה לאפשר לועדה להחזיר את החייל לשירות בצבא, או לשחררו לחיים האזרחיים גם בטרם ריצה שני שלישי ממאסרו, וזאת נוכח ההכרה בכך שככלל, החיילים שהורשעו על ידי בתי דין צבאיים אינם משתייכים לקבוצה המעורבת תדיר בפעילות עבריינית, ויהא, לפיכך, קל יחסית לשלבם חזרה בשירות הצבאי או בחברה.

בשל סיבה זו נקבע גם כי הועדה רשאית להמתיק או להחליף עונש שהוטל בבית דין צבאי בכל עת, אם קיים מצב של מלחמה או מצב חירום מיוחד. חלופה זו, שאינה פתוחה בפני ועדת השחרורים האזרחית, נועדה אף היא להקל על השתלבותו של החייל בשירות צבאי, ולהוסיף שיקול נוסף אותו יכולה לשקול הועדה לעיון בעונש.

אף המגמה העתידית בכל הנוגע לסדרי הדין בועדה לעיון בעונש הינה השוואת ההסדר בצבא, ככל הניתן, להסדר הנהוג בועדות השחרורים האזרחיות. בתזכיר חוק השיפוט הצבאי¹⁰, הוסבר כי "מנסיון שהצטבר במהלך השנים, נעור הצורך בהחלפת ההסדר הקבוע בחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו – 1955 (להלן – החש"צ) בעניינה של הועדה לעיון בעונש, ויצירת הסדר הדומה במידת האפשר ובשינויים המחויבים, להסדר הקבוע באשר לועדת השחרורים הפועלת מכוח סעיפים 49-51 לחוק העונשין, התשל"ז – 1977 וסימן ה' לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב – 1971".

התמונה הכללית המצטיירת הינה, לפיכך, ברורה, ומייתרת את הצורך להיתפס לדמיון או לשוני מילולי בהגדרות, העשוי להיות מקרי. ניכר, כי המחוקק ראה (ורואה) לנגד עיניו ועדה הדומה עד מאוד, בהרכבה ובסדריה, לועדת השחרורים האזרחית, הגם שאין היא נעדרת, ככל מוסד צבאי, סממנים צבאיים. במקרים בהם הבחין המחוקק בין ועדת

⁸ ה"ח 1756 (התשמ"ו), 30.

⁹ שם, שם.

¹⁰ תזכיר חוק השיפוט הצבאי (תיקון מספר 36) (ועדת שחרורים צבאית) התשנ"ח – 1998.

השחרורים לועדה לעיון בעונש, עשה זאת מתוך שיקולים הפועלים לקולת האחרונה, ותוך גילוי רגישות לאוכלוסייה המיוחדת בה היא מטפלת.

הדמיון בין הועדה הצבאית לעיון בעונש לועדת השחרורים האזרחית מצריך בדיקה מעמיקה של מקומם של שיקולי חומרה במסגרת האחרונה, וזאת בטרם ייבדקו ההיבטים הצבאים המיוחדים. בדיקה כזו נבקש לערוך בפרק הבא.

5. ועדות השחרורים בישראל: מקומם של שיקולי חומרה במסגרת העיון בעונש

שיטת המשפט הישראלית לא ראתה עד כה בשיקולי חומרת העבירה, כשלעצמם, שיקולים לגיטימיים במסגרת העיון בעונשו של אסיר.

בבסיסה של גישה זו ניתן למנות מספר הנמקות בעלות משמעות:

ראשית, את דינו של הנאשם גוזר בית המשפט, אשר בפניו מובאות ראיות ונשמעות עדויות הנוגעות לעבירה נשוא המשפט. בפני בית המשפט מצטיירת תמונה מלאה וחיה אודות נסיבות ביצוע העבירה, נשמעים דברי קורבן העבירה (אם יש כזה), ונשקלות נסיבות ביצוע העבירה במועד סמוך ככל האפשר למועד ביצועה. אפשרותה של הועדה לעיון בעונש לעמוד על הדקויות הקיימות בכל תיק ותיק, בכל עבירה ועבירה, הינן מצומצמות – הן בשל חלוף הזמן מאז ביצוע העבירה, והן בשל העבודה כי בפני הועדה אין נשמעות ראיות ואין נגבות עדויות.

לועדה יתרוונות יחסיים אחרים, המייחדים אותה מבית המשפט: בפני הועדה מובאים נתונים עדכניים הנוגעים להתנהגות האסיר בכלל, והמאפשרים, במידה זו או אחרת, הערכת מסוכנותו לציבור בזמן אמת¹¹.

לפיכך, אין על הועדה לשקול שיקולים שהינם בתחום יכולתו העדיפה ומומחיותו של בית המשפט, בדיוק כשם שבית הדין אינו נדרש, במסגרת גזירת העונש, לשאלה מה עלול אדם לעשות, אלא לשאלה מה עשה¹².

¹¹ במסגרת זו אין אנו נדרשים לאופן הערכת מסוכנות זו, אך ניתן למצוא השקפות ביקורתיות חשובות בנושא: "חסין" שחרור מוקדם של אסירים – כשלוך או הצלחה? "עבריינות וסטייה חברתית" ו' (1978) 6.

שנית, התחשבות בשיקולים שעמדו בפני בית המשפט פעם נוספת, מהווה ענישה כפולה (מעין "סיכון כפול פוסט הרשעתי"), ואם השיקולים שעמדו בפני בית המשפט לא היו צודקים – תהווה התחשבות נוספת בהם משום הכפלה של אי הצדק¹³.

בנוסף לכך, בעת גזירת העונש, מתחשב בית המשפט בעובדה, כי להתנהגותו הטובה של האסיר ולסיכויי שיקומו עשויה להיות השפעה על משך המאסר שירצה הלכה למעשה. מובן, שאף התביעה מביאה נתון זה בחשבון בעת שהיא קושרת הסכמי טיעון עם הנאשמים ובאי כוחם.

חשוב להדגיש, כי ההתחשבות בשיקולים שהם בתחום שליטתו של האסיר פותחת לו פתח לתקווה ולמוטיבציה לשיקום.

מחקרים פסיכולוגיים בנושא הסתגלות לחיי כלא הצביעו על הקושי הנפשי העצום של אסירים בארה"ב נוכח העדר הבהירות לגבי המצופה מהם בועדת ה-parole. התחושה, כי אין אדם יודע כיצד עליו לנהוג על מנת להיערך בצורה טובה לועדת השחרורים, ולחיים שלאחר השחרור, מביאה לרגשות של ייאוש וחוסר אונים, המחבלים בתהליך השיקום¹⁴.

מקל וחומר, ניתן לומר, כי כאשר ישנה ודאות, כי השחרור מן הכלא הינו, במידה רבה, בלתי תלוי ביכולת השיקום והלמידה של הפרט, שכן חומרת העבירה שעבר הינה שיקול חשוב ומכריע, ירבו רגשות התסכול.

לא למותר לציין, כי ההתחשבות הבלעדית בשיקולי שיקום מול מסוכנות הינה, במידה רבה, גם אינטרס של רשויות הכליאה, המעוניינות בהתנהגות טובה של הכלואים. סיכויי השחרור המוקדם הינם גורם קרדינלי המשפיע על תפקוד האסירים בבתי הסוהר.

דוגמא קיצונית לעניין זה הינה המרד שפרץ בכלא אטיקה ב-1976. בראש רשימת התביעות שהביאו האסירים המורדים בפני מנהל בית הכלא והמושל, הופיעה הדרישה הבאה:

¹² ור': A. Von Hirsch, **Doing Justice – The Choice of Punishment: Report of the Committee for the Study of Incarceration** (Boston, 2nd Ed., 1986), p. 125-126.

¹³ א"ל סבה "שחרור מוקדם של אסירים: עקרונות ואידיאולוגיות" עיונים בקרימינולוגיה ו' (1986) 3, 12.

¹⁴ H. Toch, **Living in Prison – The Ecology of Prison** (American Psychological Association, Revised ed., 1992), p. 124-125.

“1. We demand the constitutional rights of legal representation at the time of all parole board hearings, and the protection from the procedures of the parole authorities whereby they permit no procedural safeguards such as an attorney for cross-examination of witnesses, witnesses in behalf of the parolee, at parole revocation hearings”¹⁵.

ואם בסדרי דין אמורים הדברים, ודאי ששיקולי השחרור לגופם הינם אלמנט מכריע ביחסי האסירים עם סגל בית הסוהר.

פסיקתו העקבית של בית המשפט העליון אימצה את העמדה, לפיה אין חומרת העבירה מהווה שיקול לגיטימי של ועדת השחרורים. שיקולי הועדה הוגדרו ע"י בג"ץ באופן הבא:

“כשם שהתנהגותו הטובה של האסיר אין בכוחה להקנות לו זכות אוטומטית להפחתת תקופת מאסרו, כך גם עברו הפלילי אינו צריך לשלול באופן אוטומטי את האפשרות כי הועדה תמליץ על הפחתת תקופת מאסרו. במילים אחרות, על הועדה להביא בחשבון שיקוליה את כל המסיבות גם יחד, הנוגעות למטרות של תיקונו של האסיר ומניעתו מלשמש בעתיד סכנה לבטחון המדינה ולשלום הציבור”¹⁶.

ולגבי חומרת העבירה כשיקול, נאמר מפורשות:

“מנוסח ההחלטה של הועדה בעניין שחרור המוקדם של העותר משתמע כאילו הביאה הועדה בחשבון את ההשפעה המרתיעה של העונש על העותר ועל אחרים. נראה לי שבניסוח זה יש חוסר דיוק. שיקול ההרתעה הוא מן השיקולים שעל בית המשפט, ולא על הועדה, להביאו בחשבון. הרעיון המונח ביסוד פסיקתו של בית משפט זה באותם עניינים, בהם הוצדקה החלטת הועדה שלא להפחית את שלישי המאסר בעבירות בטחוניות, הוא, שיש למנוע מן האסיר את האפשרות לחזור ולהזיק לפחות במשך שלישי

¹⁵ Attica Prison Demands, as cited in: J. Irwin, **Prisons in Turmoil** (Boston, 1980), 249.

¹⁶ בג"ץ 239/59 דדון נ' ועדת השחרורים, פ"ד יג(3) 2028, 2030. ר' גם ע"א 2/83 ועדת השחרורים נ' אסיאס, פ"ד לד(2) 688, 693.

העונש, שעוד נותר לו לרצותו; כלומר, השיקול הוא מניעה פיסית במשך תקופת העונש המלאה ולא ההשפעה המרתיעה של העונש על התנהגות העותר והתנהגותם של אחרים בעתיד לבוא"¹⁷.

וכן:

"הגורם העיקרי שהועדה התחשבה בו, לפי נוסח ההחלטה, הוא הגורם הנעוץ – בשים לב לאפיו של מעשה העבירה ולנסיבות הנוגעות לצורת ביצועה – בצורך להרתיע הן את המבקש והן את הציבור בכללו. אשר לאספקט השני של גורם זה – האספקט של 'למען ישמעו וייראו' – הרינו סבורים כי מטרה ענשית זו באה על סיפוקה כאשר ניתן פומבי לגזר הדין של בית המשפט. דין זה חל בייחוד בענייננו לאור העובדה, כי העונש המקורי של 20 חדשי מאסר, שהוטל על ידי בית המשפט המחוזי, הוחמר על ידי בית המשפט העליון והועמד על שנתיים מאסר. לעומת זאת, תפקידה היחיד של הועדה – והיא אינה מקיימת את דיוניה בפומבי והחלטותיה אינן טעונות פרסום ברבים – הוא לשקול שיקולים הנעוצים במטרה של תיקון האסיר מזה ובאינטרס של בטחון המדינה ושלומו הציבור מזה"¹⁸.

גם דו"ח הועדה בנושא שחרור מוקדם של אסירים בידי ועדת השחרורים¹⁹, אישר את מסגרת השיקולים כפי שנקבעה בפסיקה. השיקולים של ועדת השחרורים הינם רחבים במתכוון, וביקורת שיפוטית על החלטות הועדה צריכה להיעשות רק במקרים נדירים ביותר²⁰. מסגרת השיקולים כוללת את שיקום האסיר מחד, וההגנה על שלום הציבור ובטחונו מאידך, וחומרת העבירה כשלעצמה אינה מהווה שיקול²¹.

מעניין לציין, כי בפני הועדה דנן עלתה ההצעה, לקבוע עבירות שאין בהן שחרור מוקדם, ש"מקורה בהנחה כי עבירות מסוימות עשויות להעיד, מעצם טיבן, על מידת הסכנה הנשקפת לציבור ממבצעהן"²². הועדה החליטה שלא לעשות כן, וזאת מהנימוקים הבאים:

¹⁷ בג"צ 281,282/66 פחמאוי נ' ועדת השחרורים, פ"ד כ(4) 121, 123.

¹⁸ בג"צ 281/61 שם טוב נ' ועדת השחרורים, פ"ד טו(3) 2060, 2062.

¹⁹ דו"ח הועדה בנושא שחרור מוקדם של אסירים בידי ועדת השחרורים (משרד המשפטים, 1991).

²⁰ שם, 92.

²¹ שם, 66.

²² שם, 107.

(א) "מחקרים סטטיסטיים מראים כי העבריינין "המסוכן" איננו בהכרח רצידיביסט ומאידך הרצידיביסט אינו מבצע בהכרח עבירות מן הסוג המקובל כ"מסוכן". היות והסכנה לציבור נמדדת, כאמור, לא רק במהות הערך המוגן הנתון בסכנה, אלא גם בסבירות כי האסיר יוסיף לעבור עבירות, הרי סיווג העבירה לבדה לא די בו כדי לנבא סכנה, הנשקפת לציבור משחרורו של אסיר פלוני."

(ב) "חומרת עבירה שביצע פלוני והסכנה הנשקפת לציבור ממנו אינה נמדדת רק על פי טיבה, אלא גם, ואולי אף בעיקר, לפי כלל נסיבות ביצועה."

(ג) אורך תקופת המאסר נתן ביטוי להערכת השופט את מכלול הנסיבות. שני אנשים שקיבלו חמש שנות מאסר אינם שונים זה מזה.

(ד) שחרור בהתאם לטיב העבירה עלול להביא לרגשי אפליה וקיפוח, "העשויים להשתלב ברגשי תסכול אחרים".

(ה) "קביעה אפריורית כי אסיר שביצע עבירות מסוג מסוים לא יזכה לשחרור מוקדם תיטול מאותו אסיר את רגש התקווה, אשר יש לו ערך בפני עצמו, ותדכא את רוחו"²³.

נראה, כי מכלול השיקולים שהובאו בעניין זה לגבי ועדת השחרורים, יפים באותה מידה גם לוועדה הצבאית לעיון בעונש, על פי מטרותיה.

עתה נידרש לבחינת הדין בארה"ב, ובפרט – להתבוננות במערכת הענישה האמריקאית ובועדות ה-parole.

²³ שם, 108.

6. ועדות השחרורים בארה"ב: מדוע אין לרתום "סוסים" אמריקאים למרכבה ישראלית

זכור, הציע בג"ץ, מפי השופט חשין, ללמוד גזירה שווה לענייננו מועדת השחרורים הצבאית האמריקאית. בעצם בחינתן של שיטות משפט זרות אין, כמובן, משום חידוש. בעת עיצובו של מוסד משפטי, על סמכויותיו ושיקוליו, נדרשים המחוקק ובית המשפט לא אחת ללמוד ממוסדות מקבילים הקיימים בשיטות משפט זרות – למידה שהינה מבורכת כשלעצמה. עם זאת, חשוב לזכור, כי כל מוסד משפטי נוצק לתוך תבנית השיטה המשפטית בה הוא פועל, ועל בסיס הנחות היסוד שלה. לפיכך, "אימוץ" מוסד משפטי זר, שאינו תואם את עקרונות השיטה ה"מאמצת", עלול להוליד "יצור כלאיים", שההגיון בבסיסו אינו עקבי, ושנזקו רב על תועלתו.

הניסיון ללמוד גזירה שווה מן השיקולים המנחים את ועדת השחרורים הצבאית האמריקאית, שהובא במסגרת פסק הדין, דינו, במקרה שלפנינו, להיכשל.

ועדות השחרורים האמריקאיות – הצבאית והאזרחית – מהוות חלק משיטת sentencing ייחודית ושונה מן השיטה הישראלית, לפיה משית השופט על הנידון, כבר בעת ההליך השיפוטי, משרעת של עונשים, הנקבעת על פי סעיף העבירה. השאלה, האם ישתחרר האסיר סמוך לגבול המינימום או המכסימום של עונשו, תלויה בסמכותה הרחבה של ה-parole board.²⁴ הרעיון שעיצב את שיטת ה-parole, הינו הצורך בענישה אישית, המותאמת לעבריין, תוך ליווי האסיר לאורך תקופת הכליאה שלו וייחוס משקל רב לשיקומו.

עד תחילת שנות ה-70, יכלה הועדה לשחרר אסירים, לפי שיקול דעתה הבלעדי, במלאת שליש מעונשם. שיטה זו הוכחה כבעייתית ביותר, ויצרה פערי ענישה גדולים בין מדינות שונות. עקב כך, נעשתה בשנות ה-70 רפורמה בשיטת ה-sentencing, על דרך של ביטול ה-parole במספר מדינות (ולאחרונה – אף בשיטה הפדרלית)²⁵, ויצירת כללים (guidelines) המבנים הן את שיקול הדעת של השופט הפוסק, לפי חלוקת סוגי העבירות לנסיבות לפי קבוצות, והן את שיקול הדעת של הועדה.

על פי ההנחיות, מעריכה הועדה את דרגת החומרה של העבירה, ואת הפוטנציאל לרצידיביזם, בסולם שבין 1 ל-10, ועל פי הערכה זו קובעת מתי יובא עניינו של האסיר בפניה. בעת ההחלטה עצמה, שמור לועדה שיקול דעת רחב. כך, למשל, מוסמכת הועדה

²⁴ Von Hirsch, Knopp, Torry, *The Sentencing Commission and its Guidelines* (Northeastern University Press, Boston, 1987), p. 3.
²⁵ סבה, לעיל הערה 13, בעמ' 5.

לפסוק על סמך חומר שאינו קביל כראיה, להתייחס לנסיבות העבירה גם אם לא באו לידי ביטוי בכתב האישום (כמו, למשל, לעבירות נוספות שנעברו במהלך האירוע ע"י שותפיו של הנאשם), ואפילו להביא בחשבון שיקוליה אישומים שנמחקו במסגרת עסקת טיעון.²⁶

המצדדים בשיטה זו גורסים, כי לא ניתן, אף בשלבים מאוחרים של ההליך, להתעלם ממכלול השיקולים הנוגעים לעונשו של העבריין. בחינתם של שיקולי מסוכנות ושיקום בלבד, בלא התייחסות למעשה שגרר את העונש מלכתחילה, עלולה להביא להחלטה בלתי מאוזנת, המושפעת יתר על המידה מחלוף הזמן, והמבוססת, לפיכך, על מערכת נתונים חסרה.

כן נהוג לטעון, כי ראוי לייחס משקל מתאים לשיקול הגמול: ועדת ה-parole מייצגת את החברה שומרת החוק, ובמקרים רבים גם את קורבן העבירה (המופיע, לעתים קרובות, בשימועי הועדה). ראוי, כי גם קולם של אלה יישמע, שכן חלוף הזמן הינו נתון חשוב גם לגביהם (למשל, התקדמות שיקומו של הקורבן מן הטראומה שעברה עליו הינה נתון רלוונטי בעת ההכרעה בעניין משך העונש).

מעבר ליתרונות אלה, שאינם מבוטלים לכשעצמם, ראוי לבחון את שיטת ה-parole בהקשרה הנכון. למעשה, בא ה-parole, במתכונתו הרחבה, לאזן אי צדק מובנה בשיטת המשפט האמריקאית. בשל שיטת ה-sentencing, מתאפיינת השיטה האמריקאית בריבוי עסקאות טיעון, ובענישה המתייחסת לסעיף ההרשעה תחת שתתייחס לנסיבות העבירה. עם שינוי שיטת הענישה הכוללת בארה"ב, לכיוון צמצום שיקול הדעת השיפוטי בגזירת העונש ועיצוב ה-guidelines בדרך שתיתן ביטוי לנסיבות הספציפיות של ביצוע העבירה, ירדה – ועדיין יורדת – קרנה של שיטת ה-parole.²⁷

בהעדר רפורמה מקפת בשיטת הענישה בכללותה, אין לנו אלא לקבוע, כי במסגרת שיטת המשפט הישראלית אנו חיים ובתי המשפט הישראלים הם הגוזרים את עונשם של העבריינים, שלא על דרך משרעת, אלא כעונש מוגדר וקצוב. שיקולי החומרה נלקחים בחשבון בעת גזירת הדין בבית המשפט - ומכאן נובעים אופיין המיוחד וסמכויותיהן של ועדות השחרורים, כמו גם המגבלות המושתות על שיקול דעתן.

²⁶ T. M. Rath, "U.S. Parole Commission has discretion to consider dismissed count of indictment to justify decision above parole guidelines", 61 **University of Detroit Journal of Urban Law** (1983-1984), p, 519, 523.
²⁷ סבה, לעיל הערה 13, בעמ' 5.

7. מקומם הטבעי של שיקולים צבאיים לחומרא – בפסיקת בתי הדין הצבאיים

כפי שנטען בפרקים הקודמים, אין מקומם של שיקולי החומרה וההרתעה במסגרת העיון בעונש. מלאכת איזוןם ובחינתם של שיקולים אלה מסורה, כמתואר לעיל, בידי בתי המשפט. שיקולי הרתעה צבאיים ייחודיים אינם שונים, במישור זה, משיקולי ההרתעה הכלליים.

הצורך להביא בחשבון, בעניינם של חיילים, מדיניות ענישה המיוחדת למערכת הצבאית, הוליד מוסד רב שנים, ותיק וראוי למטרה זו. שיטת המשפט הישראלית, במובחן משיטות משפט אחרות, בחרה לשפוט את אנשי הצבא שלה במערכת שיפוט צבאי מיוחדת, הכפופה לחקיקה צבאית מיוחדת.²⁸

בית הדין הצבאי ערוך ובנוי לשקילת השיקולים הייחודיים למערכת הצבאית. כל חברי המותב הינם אנשי צבא, ויותר מכך: בכל מותב של בית הדין הצבאי יושב לפחות שופט צבאי אחד שאינו משפטאי בהכשרתו, אלא קצין צבא – לשם איזון בין היסוד המשפטי ליסוד הצבאי, כיסוד חינוכי, ולשם הדגשת האחריות המשותפת של כל המשרתים במסגרת הצבאית למתרחש בה.²⁹

ואמנם, הניסיון מלמד כי בית הדין הצבאי מייחס חשיבות רבה למימד הצבאי בבואו לגזור את עונשם של חיילים המורשעים בעבירות בפני בית הדין הצבאי. נמנה דוגמאות אחדות, מתוך עשרות אלפי דוגמאות דומות:

עבירות העדר מן השירות: "המעשה מעורר שאט נפש ומחייב, בשמם של כל אלה הממלאים שירות צבאי מלא ומפרך גמול הולם ועונש, אשר יהא בו כדי להרתיע את הנאשם ואת כל דומיו מפני הליכה ב'דרך הקלה' של התחמקות מהחובה כלפי המדינה, אשר נתנה לו בשנות ילדותו, נערותו ובחרותו, מחלבה ומדובשה"³⁰.

עבירות סמים: "אכן, בעיקרון, מן הראוי במקרים מסוג זה להטיל עונש מאסר בפועל, לפי הלכתו של בית דין זה, היינו גם במקרה של שימוש חד פעמי בסם קל"³¹.

²⁸ לטעמים שבבסיס הכרעה זו, ר' ע' מודריק שפיטה צבאית (תל אביב, תשנ"ג) 49 ואילך.

²⁹ מודריק, שם, 145.

³⁰ ע100/999/טור' יוחנן קיטיקוב נ' התצ"ר.

³¹ ע167/999/ התצ"ר נ' טור' יוסי מדהני.

"בדיקת גילוי השימוש בסמים הינה חלק בלתי הנפרד ממלחמתו של צה"ל בסמים, וחוסר שיתוף פעולה מצד הנבדקים, שלא לומר הטעיית החוקרים, מביא לשיבוש פעילותן התקינה של רשויות החקירה ולפגיעה ביכולתן לספק מענה הולם לנגע הסמים"³².

עבירות שימוש בלתי חוקי בנשק: "בסדרה ארוכה של פסקי דין הטעמנו את ההכרח בכך שהנשק שניתן לידי חיילי צה"ל ישמש אך ורק למטרות הצבאיות שלשמך ניתן"³³.

עבירות רכוש: "בית הדין קמא ראה בחומרה את מעשי הנאשמת הפוגעים בערכי האמון ההדדי בין חברים ליחידה ואשר משליכים על אחוות היחידה"³⁴.

עבירות אלימות: "פעם אחר פעם, עמדנו, וחזרנו ועמדנו, על כך שאלימות – מקומה לא יכירנה בתוככי הצבא"³⁵.

עבירות הטרדה מינית: "נראה שגם אילו הוטל עונש מאסר בפועל חמור יותר – לא היינו מתערבים בו, נוכח הצורך להגן על חיילות הממלאות את חובת שירותן מפני עבירות מין מצידם של חיילים המבקשים למצוא בהן – שלא כדין ובגסות – פורקן לתאוותיהם"³⁶.

המסקנה העולה ממדיניות הענישה של בתי הדין הצבאיים, ומן העקרונות שבבסיסה, הינה כי משקל נכבד ניתן להיבט הצבאי של העבירות, ולהרתעה במסגרת הצבא גופו. לפיכך, ומעבר לרציונלים שפורטו לעיל בדבר שיקולי הרתעה ומקומם הראוי, נראה כי אף הצורך הצבאי הייחודי בהרתעה בא על סיפוקן במסגרת גזירת העונש על ידי הערכאה המתאימה למטרה זו – בית הדין הצבאי.

8. שיקולים צבאיים כגורם לקולא – ההיבט החוקתי

כעת אבקש להציע תיזה חלופית, לפיה אם, אמנם, ראוי לשקול שיקולים צבאיים מיוחדים במסגרת הועדה לעיון בעונש, הרי ששיקולים אלה צריכים להביא להקלה דווקא בדינו של האסיר-החייל לעומת האסיר-האזרח. כנקודת מוצא, נבחן את ההקלה בעונש בכלים חוקתיים.

³² ע2/99/ התצ"ר נ' רב"ט שלומי שלו.

³³ ע110/99/ התצ"ר נ' טור' סימון אבו שאח.

³⁴ ע146/99/ טור' מיה בלחסן נ' התצ"ר.

³⁵ ע136/99/ טור' אלכסיי סובולב נ' התצ"ר.

³⁶ ע101/99/ סמל גלעד רביבו נ' התצ"ר.

הגם שהקיצור בעונשו של אסיר אינו, במוכח הצר, בבחינת זכות יסוד מוכרת, נבחן הצורך ליתן לאסיר פתח לתקווה באמות מידה חוקתיות, כחלק מכבוד האדם.

במשפט הגרמני נקבע כי שמירת כבודו של האסיר כאדם מחייבת יצירת מבנה מוסדי, המקיים "אור בקצה המנהרה" - אפשרות לנאשם שלא לבלות את כל חייו בבית הסוהר. לשם כך יש לקיים מסגרות של דין, בהן זכאי האסיר לעבור, ואשר מאפשרות שחרורו מבית הכלא³⁷.

קביעת השיקולים בהם צריכה הועדה להתחשב בדונה בקיצור עונשו של האסיר צריכה, אם כן, להתחשב בהיות המנגנון אמצעי לשמירת על כבוד האסיר כאדם. התחשבות באינטרסים ציבוריים, כגון צרכים הנובעים מהשירות הצבאי, צריכה להיעשות במשורה, לאור הגישה כי "עם העלאת רמתן הנורמטיבית של זכויות האדם... עלה משקלן היחסי של זכויות האדם המעוגנות בחוק היסוד, ביחס לאינטרס הציבורי"³⁸.

שלילת יכולתו של אסיר צבאי לזכות בקיצור תקופת מאסרו, דרך מנגנון הועדה הצבאית לעיון בעונש, וזאת בשל שיקולי אינטרסים צבאיים פוגעת בכבודו כאדם בהפיכת את האסיר הצבאי לאובייקט³⁹.

בהחלטתו, קבע בית המשפט העליון כי ההבחנה בין שיקולי ועדת השחרורים האזרחית ובין שיקולי הועדה הצבאית לעיון בעונש (וכנובע מכך – מידת שליטתו האישית של האסיר הצבאי, לעומת האזרחי, בסיכויי שחרורו המוקדם) מתבקשת לאור ההבדל בין פסקאות ההגבלה לגבי חיילים ואזרחים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. מידת הפגיעה האפשרית בזכויות חיילים גדולה מזו המתייחסת לאזרחים, שכן בנוגע לראשונים היא נבחנת לאור "מהותו ואופיו של השירות".

מובן, כי אין די בהצבעה סתמית על ההבדל בין פסקאות ההגבלה השונות. נדרש להוכיח, כי אמנם מהותו ואופיו של השירות מצדיקים הבחנה, שכן מידת ההגבלה האפשרית היא תלוית הקשר:

"מבחן המידתיות הוא מבחן גמיש. השאלה מהי 'המידה הנדרשת' של פגיעה בזכות תלויה בכל עניין ומקרה בהקשר של העניין והמקרה, יהיה זה הקשר של מקום או זמן, מעמד או תפקיד,

³⁷ א' ברק "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי-היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)" מחקרי משפט יג (תשנ"ו) 5, 19 - 20.

³⁸ בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 355, 423 - 424.

³⁹ Donald P. Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany* (Duram and London, 1989), 315.

וכיוצא באלה. בהקשר שונה המידתיות שונה: המידה הנדרשת בהקשר אחד אינה בהכרח המידה הנדרשת בהקשר אחר"⁴⁰.

בפרשת צמח נדון נושא תקופת המעצר הראשוני של חיילים ביחס לאזרחים. בית המשפט העליון בחן את מידת ההגבלה המתחייבת ממהות השירות הצבאי, והגיע למסקנה, כי תקופת מעצר בת 96 שעות היוותה הגבלה מופרזת על חירותם של חיילים. הפער בין מידת ההגבלה על חיילים למידת ההגבלה על אזרחים צומצם, ונקבע כי ההוראה המפלה בין חיילים לאזרחים הינה בטלה (אם כי מועד הכניסה לתוקף של הצהרת הבטלות נדחה, על מנת ליתן סיפק בידי רשויות הצבא להיערך לקיצור תקופת המעצר ל-48 שעות). גם התחום בו עסקינן – תחום שיקולי הועדה לעיון בעונש – מחייב לבדוק, האמנם יש צורך להבחין בו בין חיילים לאזרחים. ואמנם, קיים, כפי שצוין לעיל, שוני סטטוטורי מובנה בין הועדה הצבאית לאזרחית. עם זאת, שוני זה מצדיק הבחנה לקולא דווקא בין שני המגזרים.

מלשון חוק היסוד אין להסיק, בשום אופן, כי "מהותו ואופיו של השירות" עשויים לפעול לחומרא בלבד, בבחינת "one way ticket". למעשה, המסקנה ההפוכה היא הנכונה. אמנם, במרבית המקרים בהם נבחנות זכויות יסוד של חיילים ואזרחים אלה מול אלה, תתבקש הגבלה משמעותית יותר של זכויותיהם של חיילים. ואולם, במקרה הספציפי של הועדה לעיון בעונש קיימים טעמים של ממש להקלה דווקא עם האסירים-החיילים. טעמים אלה עמדו בבסיס החלטת המחוקק לאפשר קיצור משמעותי יותר של תקופת המאסר לגבי חיילים (ור' פרק 5 לעיל). כאמור לעיל, ניתן ללמוד מלשון החוק ומרוחו, כי התכלית העומדת בבסיס הקמת הועדה היא לאפשר חזרתו של חייל שנדון לתקופת מאסר ממושכת לשירות, ולהקל על שיקומו.

תכלית זו נובעת ממאפייניו וממעמדו של החייל-האסיר, אשר יוצגו להלן.

⁴⁰ בג"צ 6055,7083/95 צמח נ' שר הבטחון ואח' (טרם פורסם) (להלן: "פרשת צמח").

9. שיקולים צבאיים כגורם לקולא – מאפייני העברייני הצבאי: ההשלכות השליליות של החלת הסטנדרטים המתאימים למקרה רמי דותן על מכלול המקרים

מקרה דותן אינו דומה כהוא זה לשום מקרה שנדון בוועדה הצבאית לעיון בעונש – לא מבחינת אופי העבירות ולא מבחינת חומרתן. זאת ועוד, ה'פרופיל' של העברייני הצבאי, שעניינו מובא בפני הוועדה, הינו מיוחד במינו אף ביחס לעבריינים 'רגילים', שעניינם מובא בפני ועדת השחרורים האזרחית.

העברייני הצבאי הינו, כנובע ממעמדו כחייל, אדם צעיר, המצוי בין שלהי גיל ההתבגרות לבין שנות העשרים המוקדמות של חייו. לגבי אנשים בגילאים דומים נהוגה, במערכת המשפט האזרחית, מדיניות ענישה מקילה.

מעבר לכך, מלכתחילה אין החייל הממוצע המבצע עבירה, ואפילו זו עבירה חמורה, מהווה חלק מ"תת התרבות העבריינית". מעטים הם המתגייסים לצה"ל שעל גבם עבר פלילי מן התקופה שטרם גיוסם⁴¹. הניסיון מוכיח, כי מספרם של העבריינים הצבאיים השבים אל בין כתלי הכלא לאחר שסיימו לרצות את עונשם הינו זעום.

במידה רבה ניתן לומר, כי מה שמגדיר את העברייני הצבאי כ'עברייני' אינם מאפיינים שלו כפרט, אלא מערכת הנורמות הצבאית. כידוע, מתאפיינת המערכת הצבאית בריבוי נורמות ואיסורים, ובפערים ניכרים לעומת האזרחות מבחינת מדיניות ההעמדה לדין⁴². כך, למשל, נענשים חיילים העוברים עבירות על פקודת הסמים המסוכנים, ולו הקלות ביותר, במאסר לריצוי בפועל, בעוד שחבריהם האזרחים עשויים שלא לעמוד לדין כלל על מעשים זהים. חשוב לזכור גם, כי המערכת הצבאית מפגישה את החיילים הצעירים עם גורמי סיכון פוטנציאליים, כגון נשק, ובכך מגבירה את הסיכוי כי תעברנה עבירות שאינן קיימות כלל במערכת האזרחית. מן הגורמים הנן נובע, כי האוכלוסיה הצבאית, הן בבתי הסוהר האזרחיים והן במתקני הכליאה הצבאיים, אינה, ככללה, אוכלוסיה 'עבריינית' per se.

זאת ועוד: החייל העומד לדין בבית דין צבאי מצוי במצב של 'נחיתות נורמטיבית' ביחס לבן גילו הנשפט בבית משפט אזרחי. מעבר לפערים הניכרים במדיניות ההעמדה לדין ובמדיניות הענישה, נהנה האזרח הצעיר וחסר העבר הפלילי ממגוון חלופות הרשעה, כגון צו מבחן, שירות לתועלת הציבור, צו לטיפול בקהילה, התחייבות להימנע מעבירה וכדומה, שאינן פתוחות בפני החייל. כן יצוין, כי בניגוד למצב לגבי חיילים, הרי אזרח

⁴¹ ג' זיידמן הזכות לשרת בצה"ל (תל אביב, התשנ"ו) 221.

⁴² עניין ברטלה, לעיל הערה 7.

שגילו מתחת ל-21 לא ניתן לשלוח למאסר אלא לאחר קבלת תסקיר קצין מבחן בעניינו (שירות המבחן אינו מטפל בחיילים הנשפטים בבתי דין צבאיים). לפיכך, קביעת בית המשפט העליון, לפיה אין הפליה בין מקרה דותן לבין מקרים הנדונים בפני בתי משפט אזרחיים, הגם שאולי הינה נכונה לגבי מקרה דותן, אינה נכונה לגבי יתרת החיילים שהורשעו ודינם נגזר בבית דין צבאי.

כן יצוין, כי על פי הקרימינולוגים הידועים מוריס והוקינס, ראוי להמיר את אופציית השחרור המוקדם המלא בשחרור הדרגתי ותחת פיקוח. רבים מן החיילים שעניינם מובא לפני הועדה לעיון בעונש, מעוניינים לחזור לשירות. גם התכלית שעמדה בבסיס מגמת המחוקק להקל עם החיילים, היתה לאפשר חזרתו לשירות של חייל שנדון לתקופת מאסר ממושכת. מסגרת השירות הצבאי הינה אלטרנטיבה טובה וחשובה לפתיחת דף חדש, ולשיקום תחת פיקוח, ובכך היא מהווה דוגמא שאין טובה ממנה ל "graduated testing of fitness for freedom", כמוצע על ידי מוריס והוקינס, ומגדילה באופן משמעותי את סיכויי השיקום של החיילים.⁴³

המסקנה העולה מן הניתוח דלעיל היא, כי אם אמנם צריכה הועדה לעיון בעונש להביא במסגרת שיקוליה שיקולים צבאיים מיוחדים, הרי מאזן השיקולים הללו נוטה, בבירור, לקולא. ואולם, תוצאתה המעשית של ההחלטה בעניינו של מר דותן הינה פגיעה קשה ביותר בשיקומם, בתקוותיהם ובתכנוניהם של ציבור החיילים שעניינם מובא בפני הועדה לעיון בעונש.

אף לולא היתה להלכת בג"ץ השפעה מעשית על מצבם של החיילים הכלואים, מן הדין היה לקחת את הפגיעה הפוטנציאלית בהם בחשבון, שכן, כפי שנפסק בפרשת צמח בהקשר דומה:

"מבחן המידתיות של תקופת המעצר מתייחס גם לתקופת המעצר המירבית, היא התקופה שנקבעה בחוק, ולא רק לתקופת המעצר בפועל של פלוני או אלמוני. אם התקופה המירבית פוגעת בחירות האישית במידה העולה על הנדרש, אין בכך כדי לשנות שהיא פוגעת בחירות של מעטים בלבד. גם החירות של אדם אחד ראויה להגנה כאילו היא עולם ומלואו".

עם זאת, בענייננו הביאה ההלכה לפגיעה ממשית בחיילים, ואף באלה שהינם כלואים למופת וסיכויי שיקומם מצויינים, שכן נושא חומרת העבירה עולה בדיוני הועדות ומהווה מכשלה כבדה בדרכם של החיילים הכלואים אל חיים חדשים.

⁴³ לניתוח של גישה זו ראה: N. Morris, G. Hawkins, Attica Revisited: The Prospect for Prison Reform, 14 *Arizona Law Review* (1971-1972), 747, 748.

10. סיכום: שינוי שיטת הענישה בישראל - מלאכה המתאימה למחוקק

בראשית הדברים, הובאה הדילמה העומדת בפני השופט כבואו לפסוק ב"מקרה קשה", בין מתן החלטה נכונה במקרה הקונקרטי ובין אי התערבות בתפקיד המחוקק.

בפרשת דותן, הרחיק בית המשפט העליון לכת, והביע, מפי השופט חשין, השקפה לפיה אין לבטל יישומם של שיקולי חומרת העבירה גם בועדות שחרורים אזרחיות.

במישור המהותי, נראה כי במכלול השיקולים שהובאו לעיל יש כדי לסתור השקפה זו וכדי להצדיק את מערכת השיקולים הקיימת.

מעבר לכך, ברי כי שינוי כה קוטבי, היורד לשורש מהותה של ועדת השחרורים, מחייב שקילתם של גורמים מערכתיים ועקרוניים מרובים, ובהם השפעת שינוי מערכת השיקולים על שיטת הענישה בבית המשפט; מידת הביקורת של בתי המשפט על החלטות עתידיות של הועדה; סדרי הדין בועדה ומעמד קורבן העבירה בפניה; הגדרה אפשרית של עבירות שמידת חומרתן צריכה לבוא בחשבון השיקולים, וכדומה.

עניינים אלה מצדיקים בחינה כוללת ומעמיקה של שיטת הענישה בישראל. ראוי, כי אם אמנם נדרשת בחינה כזו, עליה להיעשות בידי המחוקק, לא על דרך של הכרעה שיפוטית, וודאי שלא במקרה כה יוצא דופן ויחיד במינו כפרשת דותן.

אודות בג"ץ המעצרים**

אריה אבראל*

א. מבוא ב. הדין בישראל ג. משפט השוואתי ד. עקרונות פסיקת בג"ץ ה. טעוני צה"ל מול טעוני העותרים ו. פסק הדין ז. סיכום, מסקנות והרהורים לגבי העתיד.

א. מבוא

החייל שגיא צמח (להלן: **שגיא**), התגייס לצה"ל ב-10.8.92 בהיותו בן 17.5 בלבד. גיוסו של שגיא בגיל מוקדם היה פועל יוצא של הסכמתו להתנדב לשירות סדיר והוא אמור היה לסיים 3 שנות שירות חובה באוגוסט 1995. שגיא שרת כחייל בשירות סדיר בצה"ל והגיע לדרגת סמל סמוך לסיום שירותו הצבאי ביחידה קרבית, בה שירת ללא דופי תוך שנטל חלק בפעילויות צבאיות רבות שסיכנו את חייו.

במהלך שירותו הצבאי נקלע שגיא לקשיים כלכליים ושלושה חודשים לפני סיום שירותו הצבאי, כאשר חובותיו הלכו ותפחו, והוא חשש להסתבך עקב כך, נטש שגיא את יחידתו על מנת שיוכל לעבוד ולהשתכר בשוק האזרחי ולהחזיר את חובותיו.

ביום 26.9.95, בשעה 23.00 בלילה, נעצר שגיא בחיפה בחשד לעריקות והועבר למעצר בכלא הצבאי, הידוע כ"כלא 6", שליד עתלית. שגיא נעצר למשך 10 ימים עפ"י פקודת מעצר שהוצאה ע"י שוטר צבאי. באותה תקופה, ניתן היה להאריך פקודה זו למשך 25 יום, כאשר רק בסיומם אמור היה שגיא להיות מובא בפני שופט צבאי לדין בהארכת מעצרו - וזאת אם הגורמים הצבאיים הממונים על החקירה של עניינו היו סבורים שיש נחיצות בהמשך מעצרו לצורכי חקירה לשם גיבוש כתב אישום נגדו.

** בג"ץ 6055,7083/95 צמח נ' שר הבטחון ואח' (טרם פורסם) (להלן: בג"ץ 6055/95). לשעבר סניגור צבאי בפרקליטות צפון. כיום שופט צבאי, סא"ל במיל'. בוגר תואר ראשון במשפטים, האוניברסיטה העברית. בעל משרד עו"ד אשר יצג את העותר בבג"ץ נשוא המאמר.

תוך 5 ימים מתחילת מעצרו, קרי: ביום 1.10.95, הוגשה בשמו של שגיא עתירה לבית המשפט הגבוה לצדק (בג"ץ 6055/95) לביטול פקודת המעצר שהוצאה נגדו ולשחרורו המידי.

בעתירה נטען, שסעיף 237 (א) לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו – 1955¹, שמכוחו הוצאה פקודת המעצר נגד שגיא, הינו בלתי חוקתי בהיותו נוגד את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ועל כן בטל הוא, באשר אפשר את החזקת שגיא במעצר ממושך ורצוף במשך 25 יום (במקום במשך 48 שעות כנטען בעתירה) בטרם יובא בפני שופט צבאי, שיבחן אם יש בכלל צורך בהמשך מעצרו.

מיד עם הגשת העתירה, הורה בג"ץ ביום 1.10.95 כי שגיא יובא מיידית, עד ליום 3.10.95, לפני שופט צבאי לדיון בשאלה אם יש צורך בהמשך החזקתו במעצר- אחרת ידון בג"ץ בתאריך 5.10.95 בעתירה למתן צו ביניים לשחרורו המידי של שגיא, עוד בטרם יינתן פסק דין סופי בעניינו.

וראה זה פלא, בעקבות הוראה זו של בג"ץ, לראשונה בתולדות בית הדין הצבאי במחוז צפון, חזו המשרתים בו בתופעה ייחודית ויוצאת דופן: ביום 3.10.95, בוקרו של ערב יום כיפורים, נשיא בית הדין הצבאי הוזעק מביתו, ניידת צבאית הוזנקה מכלא 6, ושגיא הובא כלאחר כבוד, יחידי, בניידת צבאית לבית הדין הצבאי מחוז צפון, לדיון בהארכת מעצרו ע"י שופט.

שערי בית הדין הצבאי נפתחו במיוחד לכבוד החייל שגיא, ולאחר דיון לגופו של עניין הוארך מעצרו על ידי כב' השופט הצבאי אל"מ גינות, הוגש נגדו כתב אישום והוא נשפט בסופו של דבר לחודשיים וחצי מאסר בפועל, שבסיום ריצויים, שוחרר מזה"ל.

ואולם, שגיא לא ויתר על בירור עתירתו העקרונית, כשהמטרה שעמדה לנגד עיניו הייתה להביא באמצעות עתירתו בשורה לכלל המשרתים בצה"ל. כך, העתירה המשיכה להתברר בבג"ץ לגופה של הבעיה העקרונית, קרי: האם אותה הוראת חוק בחוק השיפוט הצבאי שמכוחה נעצר שגיא הינה חוקתית, או שמא אינה חוקתית ועל כן, היא בטלה ואין לה כל תוקף.

הדיונים בעתירה נתמשכו תקופה ארוכה. צה"ל התנגד לעתירה שהוגשה ע"י שגיא משיקוליו הוא (כפי שיפורטו בהמשך), אך גם לא יכול היה להתעלם ממנה לאור הערות ששמעו פרקליטיו במהלך הדיונים בבג"ץ.

¹ לשם הנוחיות, להלן נוסחו של סעיף 237 (א) לחוק השיפוט הצבאי כפי שהיה בתוקף ערב מתן פסק הדין ע"י בית המשפט הגבוה לצדק:

"על אף הוראת סעיף 234 (א), רשאי קצין שיפוט שהוא שוטר צבאי לתת פקודת מעצר על כל חייל לתקופה שלא תעלה על 96 שעות".

משכך, ותוך כדי הדיונים בעתירה, תוקן חוק השיפוט הצבאי בשנת 1996 ונקבע בו כי ניתן לעצור חייל עפ"י פקודת מעצר של שוטר צבאי רק למשך 8 ימים בטרם יובא בפני שופט צבאי לדיון בהארכת מעצרו. עוד נקבע באותו תיקון חוק, כי בתום שנתיים מחיקוקו, קרי: מיום 26.7.98, ניתן יהא לעצור חייל מכוח פקודת מעצר של שוטר צבאי רק לתקופה של 4 ימים, עד להבאתו בפני שופט צבאי. בתיקון נוסף של החוק הועמדה התקופה על 96 שעות בלבד.

שגיא, אף שכבר השתחרר בינתיים מצה"ל, לא משך את עתירתו בעקבות השיפור במצב החוקי שהתרחש בטרם ניתנה החלטה בעתירה שהגיש, ועמד על כך שגם התיקון הזה אינו מספק. שגיא עמד על כך שכל עוד לא תוקן סעיף 237 (א) לחוק השיפוט הצבאי ע"י קיצור התקופה להבאת חייל בפני שופט צבאי ל-48 שעות מרגע מעצרו, יש להכריז על סעיף זה בחוק כבטל עקב היותו סותר את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו כיוון שהוא שולל את חירותו של החייל במידה העולה על הנדרש.

יצוין, כי כ-5 חודשים לאחר הגשת עתירתו של שגיא, הגישו האגודה לזכויות האזרח בישראל וחמישה קצינים מהסניגוריה הצבאית עתירה דומה לעתירתו של שגיא, ובקשו גם כן את הכרזת בטלותו של סעיף 237 (א) לחוק השיפוט הצבאי. הדיון בעתירות אוחד.

בעת הגשת שתי העתירות הנ"ל, תקופת המעצר כנגד אדם, שאינו חייל, ואשר נעצר ע"י שוטר אזרחי נקבעה בפקודת סדר הדין הפלילי², ועמדה על 48 שעות עד להבאתו בפני שופט אזרחי לדיון בהארכת מעצרו (אם לא שוחרר קודם לכן ממעצרו ע"י המשטרה). ההסדר הנ"ל לגבי אדם שאינו חייל שונה בשנת 1996 בחוק סדר הדין הפלילי³, ותקופת המעצר קוצרה ל-24 שעות.

למרות השינוי הנ"ל שחל לגבי האזרחים שאינם כפופים לחוק השיפוט הצבאי, גישת העותר בבג"ץ 6055/95 הנ"ל היתה כי לגבי חיילים אין מקום לדרוש את הבאתם בפני שופט צבאי תוך 24 שעות, ויש להסתפק בהבאתם בפני שופט תוך 48 שעות. אולם, האגודה לזכויות האזרח בישראל והסניגורים הצבאיים בעתירתם היו קיצוניים יותר ודרשו שגם בצה"ל יובא חייל שנעצר ע"י שוטר צבאי תוך 24 שעות בפני שופט צבאי.

ביום 14.10.99 ניתן פסק הדין בעתירות הנ"ל ע"י בית המשפט הגבוה לצדק המהווה פריצת דרך נועזת וייחודית בהגנה על זכויות האדם בישראל בכלל, והחיילים בצה"ל בפרט.

² פקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], תשכ"ט – 1969.

³ חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), תשנ"ו – 1996.

בג"ץ ביטל ברוב של 10 שופטים נגד אחד את הוראת סעיף 237 (א) לחוק השיפוט הצבאי בקבעו, מפי כב' השופט זמיר, שכתב את דעת הרוב בפסק הדין (להלן: בג"ץ צמח) כדלקמן⁴:

"לפיכך אנו מצהירים בזה כי הוראת החוק המתקן הקובעת תקופת מעצר מירבית של 96 שעות, סותרת את חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, בהיותה פוגעת בחירות האישית, כפי שנקבעה בסעיף 5 לחוק היסוד, במידה העולה על הנדרש ממהותו ומאופיו של השירות הצבאי, ולפיכך היא בטלה".

בג"ץ החליט, כי הצהרתו על הבטלות של סעיף 237 (א) לחוק השיפוט הצבאי תכנס לתוקף בתום 6 חודשים מיום מתן פסק הדין על מנת לאפשר בתוך פרק זמן זה לכנסת לחוקק מחדש את סעיף 237 (א) לחוק השיפוט הצבאי באופן שיעמוד במבחנים החוקתיים הנדרשים על מנת שיהא תקף ועל מנת לאפשר לצה"ל להעריך לקיצור החדש של תקופת המעצר כפי שיחוקק.

יחד עם זאת, הביע בית המשפט הגבוה לצדק את דעתו, כי עמדת שגיא בדבר קיצור תקופת המעצר ל- 48 שעות בטרם הבאת חייל בפני שופט לדיון בהמשך מעצרו, נראית לו כתקופה סבירה, וכך התבטא בפסק דינו⁵:

"שאלה היא מה הוראת החוק שצריכה לבוא במקום ההוראה הבטלה. לשון אחר, מה תקופת המעצר של חייל בידי שוטר צבאי, עד שהוא מובא בפני שופט, שפגיעתה בחירות האישית לא תעלה על המידה הנדרשת ממהותו ומאופיו של השירות הצבאי?

בנסיבות המקרה, בית המשפט פטור ממתן תשובה, שכן המשיבים עצמם הגיעו למסקנה, והודיעו עליה לבית המשפט, שראוי לקבוע בחוק תקופת מעצר מירבית של 48 שעות.

האם תקופת מעצר של 48 שעות תעמוד במבחן המידתיות? הסמכות לקבוע את תקופת המעצר נתונה למחוקק, ובידו גם שיקול הדעת בשאלה מהי התקופה הנדרשת, ובלבד שהתקופה לא תחרוג ממתחם המידתיות.

⁴ בג"ץ 6055/95 לעיל, עמ' 44.
⁵ שם, שם.

לכאורה, אם המחוקק יקבע תקופת מעצר של 48 שעות, היא התקופה הנראית למשיבים כתקופה ראויה, יש יסוד לטענה כי במצב הקיים כיום, תקופה זאת לא תחרוג ממתחם המידתיות, כפי שנדרש ע"י חוק יסוד כבוד האדם וחירותו".

ב. הדין בישראל

להלן נסקור בקצרה את המצב המשפטי ששרר בסוגיית המעצרים בצה"ל עובר לבג"ץ צמח.

עת נחקק חוק השיפוט הצבאי ניתן היה לעצור חייל ע"י קצין שיפוט למשך תקופה כוללת של 60 ימים בטרם הובא החייל בפני שופט צבאי. הוראת החוק הנ"ל עמדה בתוקף במשך 27 שנים.

רק בשנת 1982 תוקן החוק ותקופת המעצר קוצרה ל- 35 ימים⁶. הוראת חוק זו עמדה בתוקף 11 שנים.

בשנת 1993 שוב תוקן החוק הנ"ל, ותקופת המעצר קוצרה ל- 25 ימים⁷. לאחר שלוש שנים, ובעקבות הגשת העתירות נשוא מאמר זה לבג"ץ, תוקן החוק בשנת 1996 ותקופת המעצר קוצרה ל- 8 ימים, תוך הוראה נוספת הקובעת כי מיום 26.7.98 תקוצר תקופת המעצר ל- 4 ימים⁸.

ב- 1998 תוקן חוק השיפוט הצבאי, וכדי להסיר ספק, נקבע, כי תקופת המעצר המירבית בטרם הבאת חייל בפני שופט לא תהא "ארבעה ימים", אלא "96 שעות"⁹.

כאמור, בעקבות עתירת שגיא ואח' נקבע כי סעיף 237 (א) לחוק השיפוט הצבאי אינו חוקתי, וסביר להניח שהכנסת תחוקק סעיף חוק אחר במקומו, שיקבע תקופת מעצר מירבית של 48 שעות בטרם יובא חייל בפני שופט לדיון בהארכת מעצרו, וזה יהיה הדין הקובע בישראל.

⁶ חוק השיפוט הצבאי (תיקון מס' 15), תשמ"ב – 1982.

⁷ חוק השיפוט הצבאי (תיקון מס' 23), תשנ"ג-1993.

⁸ חוק השיפוט הצבאי (תיקון מס' 32), תש"ן-1996.

⁹ חוק השיפוט הצבאי (תיקון מס' 32), תשנ"ח-1998.

ג. משפט השוואתי

להלן ובקצרה נתאר את המצב המשפטי השורר בצבאות של מספר מדינות מתקדמות בעולם המערבי.

אנגליה:

באנגליה, אין לעצורים, שהם חיילים, זכות כי עניינם יובא בפני ערכאה משפטית כלשהי, לבחינת מעצרו בטרם משפט. האפשרות היחידה להתערבות שיפוטית בטרם משפט היא ע"י פניה מצד החייל לבימ"ש אזרחי לצו Habeas Corpus, קרי: צו להביא את החייל בפני בית המשפט.

הביקורת היחידה על הליך מעצרו של חיילים באנגליה היא צבאית-פיקודית. כלל 4 של **Rules of Procedure (Army)**¹⁰ קובע, כי יש להביא את החייל העצור בפני מפקדו, אך לא בפני שופט, תוך 48 שעות.

כלל 5 לאותם כללים קובע, כי בכל 8 ימים עד לכינוס בית הדין בעניינו של העצור, יש לדווח לקצין האחראי לזימונו של בית הדין הצבאי (הרשות המזמנת) על העיכוב בהגשת כתב האישום ועל מעצרו המתמשך של החייל.

כלל 6 קובע כי אם עברו 72 שעות בטרם הוגש כתב אישום, יש לשחרר את החייל ממעצר, אלא אם כן ניתן אישורה של הרשות המזמנת להמשיכו.

הוראות אלה משקפות את העיקרון הקבוע בסעיף 75 ל-**Army Act**¹¹, לפיו אין לעכב חקירה לאחר מעצר ויש להגיש כתב אישום לבית הדין הצבאי במהירות האפשרית.

קנדה:

ההסדר בקנדה, כפי שנקבע ב-**National Defense Act**, דומה במהותו להסדר האנגלי. גם בצבא הקנדי אין למעשה ביקורת שיפוטית על מעצרו של חיילים, והדרך היחידה להביא להתערבות שיפוטית בהליך המעצר בטרם המשפט, היא בהגשת בקשה לצו Habeas Corpus, הבוחן רק את הפעלת שיקול דעתו של המפקד לעצור.

גם בקנדה, הביקורת היחידה על המעצרים מבוצעת על ידי הדרגים הפיקודיים השונים. החוק מחייב את הקצין העוצר לדווח בכתב על המעצר ונסיבותיו למפקדו הישיר של

¹⁰ Rules of Procedure (Army), 1972.

¹¹ Army Act, 1955.

החייל ולקצין נוסף המוסמך להורות על שחרורו, תוך 24 שעות משעת המעצר. אי מסירת ההודעה כנדרש מביאה לשחרור החייל ממעצרו. במהלך 24 השעות לאחר קבלת הדו"ח, על המפקד הישיר או הקצין הנוסף שקיבל את הדיווח להורות על שחרורו של העצור, אלא אם כן הם סבורים על בסיס הנתונים, כי חיוני שיישאר במעצר סגור. בתום כל 8 ימי מעצר שבמהלכם טרם התכנס בית הדין, על המפקד הישיר לדווח בכתב לרשות המזמנת ולהבהיר מדוע בית הדין טרם התכנס ומדוע המעצר נחוץ. בתום 15 ימי מעצר יש להורות על שחרור העצור, אלא אם הורתה הרשות המזמנת אחרת. מי שמוחזק במעצר 28 יום וטרם הובא בפני שופט רשאי להגיש עתירה לשר לשחרורו ממעצר. מי שמוחזק במעצר 90 יום ישוחרר, אלא אם כן הורה השר אחרת.

ארצות הברית:

ההסדר בעניין מעצרו של חיילים בארה"ב נקבע בשני חוקים עיקריים – **Rules of Court Martial**, וה – **Uniform Code of Military Justice**. על פי שני אלה נתונה סמכות המעצר בידי המפקד. חייל שנעצר מובא דבר מעצרו לאישורו של המפקד, תוך 24 שעות מרגע המעצר. תוך 72 שעות ממועד ההודעה על המעצר עליו להחליט בדבר המשך המעצר. אם החליט המפקד על המשך המעצר, עליו להוציא פקודת מעצר, **ללא תאריך סיום** שתוקפה עד לתחילת המשפט (אגב, הגשת כתב האישום הינה באחריות המפקד). תוך 7 ימים מהמעצר מתבצעת ביקורת אוטומטית, על בסיס דו"ח שנחתם על ידי המפקד, וזאת על ידי קצין ניטראלי ונטול משוא פנים, שאינו בהכרח בעל הכשרה משפטית ("*The Reviewing Officer*"). זה האחרון, צריך לנמק את החלטתו ורשאי הוא, לבקשת הצדדים, לשוב ולעיין בהחלטתו על יסוד מידע חדש, שלא נשקל קודם לכן.

דבר המעצר מובא לראשונה בפני שופט צבאי רק לאחר הגשת כתב האישום. בעקבות פסיקת בתי המשפט בארה"ב מתפתח כיום נוהג, לפיו מובא דבר המעצר בפני ה – *Reviewing Officer* כבר תוך 48 שעות מהמעצר, אך ביקורתו זו מבוססת על חומר כתוב בלבד, ונעשית שלא בנוכחות החייל החשוד¹².

¹² *United States v. Rexroat*, 38 M.J. 292 (1993), cert. Denied 127 L.ED.2D 648 (1994).

צרפת:

ב – 1982 בוצעה בצרפת רפורמה מקיפה בעניין השיפוט הצבאי וביטול חוק השיפוט הצבאי, בכל הנוגע לחיילים המשרתים בצרפת, ובאותה נשימה בוטלו גם בתי הדין הצבאיים וכן, תפקידם של הפרקליט הצבאי הראשי והפרקליטים הצבאיים. נגזר מכך שהחיילים בצרפת נעצרים, נחקרים ונשפטים במערכות האזרחיות וחלים עליהם כללי המעצר שחלים על אזרחים.

סמכויות המפקדים (מפקדי עוצבה) הן אך ורק לרתק את החייל עד ל- 20 יום או עד ל- 40 יום בסמכות הרמטכ"ל והשר. אולם, אין סמכויות מעצר ושיפוט, ויש לדווח למערכות האזרחיות על מעשי עבירה כדי שאלו יטופלו על ידם.

סיכום

לסיכום המשפט ההשוואתי כמתואר לעיל, ניתן לומר, כי בעקבות פסיקת בג"ץ בעניינו של שגיאה הפכה ישראל למתוקנת שבמדינות העולם המערבי ובכחינת אור לגויים.

ישראל תהא המדינה הראשונה בעולם, שבה בחקיקה ספציפית תקבע תקופת מינימלית למעצרו של חייל והבאתו בפני שופט צבאי תוך העמדתה על 48 שעות (ככל הנראה). במדינות המערב המתקדמות ביותר כפי שהראנו לעיל (אנגליה, ארה"ב וקנדה), הסמכות הבודקת את נושא המעצר הינה, עפ"י הדין, סמכות פיקודית צבאית ולא סמכות שיפוטית באמצעות שופט משפטן המכהן בבית המשפט הצבאי. השופט הצבאי שהוא גם משפטן הוא המקבילה של השופט האזרחי, ואין עליו אלא את אימתו של החוק, ועל כן הוא גוף ניטראלי אובייקטיבי.

מסתבר שרק בישראל, אף שהינה מדינה המתמודדת עם סכנות קיומיות, דווקא בה קיים חוק ספציפי הנוגע ישירות לצבא ולמשרתים בו, ואשר בעקבות פסיקת בג"ץ תוכנס בו הוראת חוק שתבטיח באופן מקסימלי את חירותו האישית של החייל בצורה המעוררת כבוד, ע"כ ששופט צבאי יבחן בתוך 48 שעות (ככל הנראה) את חיוניות המשך מעצרו של החייל.

ד. עקרונות פסיקת בג"ץ

בטרם נתן בג"ץ פסק דינו, הוא בחן את שאלת תקפותו של סעיף 237(א) לחוק השיפוט הצבאי לאור סעיפים 5, 8, ו-9 בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. סעיף 5 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו הוא הסעיף הרלוונטי לענייננו, קרי: זכות היסוד שנפגעת עם הוצאת פקודת מעצר נגד חייל היא "הזכות לחירות". סעיף 5 לחוק היסוד הנ"ל קובע כדלקמן:

"אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת".

סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע כדלקמן:

"אין פוגעים בזכויות שלפי חוק יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו".

בנוסף, קובע סעיף 9 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו:

"אין מגבילים זכויות שלפי חוק-יסוד זה של המשרתים בצבא הגנה לישראל, במשטרת ישראל, בשירות בתי הסוהר ובארגוני הבטחון האחרים של המדינה, ואין מתנים על זכויות אלה, אלא לפי חוק ובמידה שאינה עולה על הנדרש ממהותו ומאופיו של השירות".

סעיפים 8 ו-9 הנ"ל ידועים כ"פסיקת ההגבלה הכללית" ו"פסיקת ההגבלה הבטחונית" בהתאמה, כיוון שהם קובעים את הפרמטרים לפיהם ניתן להגביל בחוק את זכויות היסוד של האדם המפורטים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

לעניין האיסור לפגוע בחירות האישית, כאמור בסעיף 5 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, פסק בג"ץ בעתירתו של שגיא כדלקמן¹³:

"לא כל פגיעה בחירות האישית עומדת בניגוד לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. החירות האישית, כמו כל זכות יסוד אחרת, אינה מוחלטת. ניתן להגביל את החירות האישית, ובנסיבות מסוימות

¹³ בג"ץ 6055/95 לעיל, עמ' 18.

אף צריך להגביל אותה, כדי להגן על זכויות אחרות או על אינטרס ציבורי. חוק היסוד מכיר בצורך זה והוא קובע תנאים לצורך זה. תנאים אלה נקבעו בפסקת ההגבלה שבחוק היסוד. לפיכך, השאלה בכל מקרה של פגיעה בחירות האישית היא אם הפגיעה עומדת בתנאים שנקבעו בפסקת ההגבלה. פיסקה זו היא קו הגנה על זכויות היסוד, לרבות החירות האישית. בית המשפט נחלץ להגן על החירות האישית רק מפני חוק הפוגע, רק כאשר החוק פורץ את קו ההגנה שהוצב בפסקת ההגבלה".

לכן, בבוחנו את השאלה האם סעיף 237 (א) לחוק השיפוט הצבאי הינו סעיף העומד במבחן של פסקת ההגבלה שבסעיף 9 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, העוסקת *"במשרתים בצבא הגנה לישראל"*, בחן ביהמ"ש אם התקיימו היסודות שבסעיף זה.

לא היתה מחלוקת בין העותרים לבין שלטונות הצבא, ואף בג"ץ קבע כך, שעצם מעצרו של חייל החשוד בביצוע עבירה נחוץ בנסיבות מסוימות כצורך הכרחי להגנה על שלום הציבור, ולמען שמירה על קיום המשמעת בצבא. אשר על כן, עצם ביצוע המעצר עפ"י סעיף 237 (א) לחוק השיפוט הצבאי עומד במבחן הערכים של מדינת ישראל ובמבחן התכלית הראויה הנדרשים ממעשה החקיקה שבא להגביל את זכות היסוד לחירות.

בג"ץ הגדיר את המחלוקת בעתירה כדלקמן¹⁴:

"אכן הטענה של העותרים אינה מכוונת נגד עצם הסמכות של שוטר צבאי לעצור חייל, אלא נגד תקופת המעצר מכוח פקודה של השוטר. העותרים טוענים כי מעצר מכוח פקודה כזאת למשך 96 שעות, עד שהחייל משוחרר מן מעצר או מובא בפני שופט להארכת מעצר, הוא ארוך יתר על המידה. לפיכך, לטענתם הוא פוגע בחירות האישית בניגוד למבחן המידתיות, כפי שנקבע בסעיף 9 לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו".

לעניין "מבחן המידתיות" קובע בג"ץ, כי¹⁵:

"מבחן המידתיות הוא מבחן גמיש. השאלה מהי "המידה הנדרשת" של פגיעה בזכות, תלויה בכל עניין ומקרה בהקשר של

¹⁴ בג"ץ 6055/95 לעיל, עמ' 22.

¹⁵ שם, שם.

העניין והמקרה, יהיה זה הקשר של מקום או זמן, מעמד או תפקיד וכיוצ"ב כאלה".

ובהמשך הוא פוסק¹⁶:

"מידתיות הפגיעה בזכויות של אדם המשרת בכוחות הבטחון מושפעת מן המהות והאופי של השירות... ולפיכך היא עשויה להיות שונה ממידתיות הפגיעה באדם שאינו משרת בכוחות הבטחון"¹⁷.

בג"ץ מסכם את הנושא כדלקמן¹⁸:

"השאלה העיקרית העומדת להכרעה בעתירות אלה היא, אם כן, האם הסמכות שהוענקה בחוק לשוטר הצבאי לעצור חייל, עומדת במבחן המידתיות בהתחשב במהות ובאופי של השירות הצבאי. האם אפשר לקצר את תקופת המעצר בלי לפגוע בתכלית המעצר?".

ה. טעוני צה"ל מול טעוני העותרים

שלטונות הצבא הביאו מספר טיעונים להצדקת השארת המצב המשפטי על כנו. ראשית, הצבא ער לחירות החייל. עובדה היא שהוא כל הזמן עם היד על הדופק ותקופת המעצר של חיילים הולכת ומתקצרת מפעם לפעם- אם בתחילת הדרך התקופה הכוללת עמדה על 60 ימים, הרי עתה היא צומצמה ל- 96 שעות בלבד. שנית, בחוק השיפוט הצבאי ניתנת לחייל אפשרות גם **בתוך** תקופת המעצר של ה- 96 שעות, לערער על מעצרו בפני פרקליטים צבאיים. כן, קיימת חובה להביא את המעצר לאישור פרקליט צבאי תוך 48 שעות מהמעצר, שאם לא כן, ישוחרר החייל. אם הפרקליט הצבאי לא מאשר את הבקשה לביטול פקודת המעצר, רשאי החייל לבקש עיון חוזר ואם זה נדחה, חובה להביא הדבר להחלטת הפצ"ר (הפרקליט הצבאי הראשי). שלישית, הצבא לא יוכל לעמוד בקיצור תקופת המעצר עקב מחסור במשאבים כספיים, וכוח אדם. כך למשל, יהא צורך לתגבר את אמצעי ההובלה של עצורים, לתגבר כוח אדם

¹⁶ שם, עמ' 23.

¹⁷ וראה בנדון: בש"פ 3513/95 רב"ט אלון שרגאי נגד התובע הצבאי ואח', פ"ד נ"א(2) 686, 689.

¹⁸ בג"ץ 6055/95 לעיל, עמ' 24.

ללווי עצורים, וכן לתגבר כוח אדם במערכת המשפטית (בגיוס שופטים, תובעים, סניגורים ועוד).

הצבא מעריך כי על מנת לעמוד בקיצור תקופת המעצר ל- 48 שעות תדרש לו תוספת של 40 תקנים בשירות קבע, 40 תקנים בשירות חובה, 40 כלי רכב להובלת עצורים, 8 טיוליות, אמצעי קשר, מחשוב, בינוי ועוד.

אף שהצבא שואף להגיע למצב שעציר יובא בפני שופט בתוך 48 שעות, עדיין לא בשלו התנאים שיאפשרו לצבא לבצע זאת.

העותרים, לעומת זאת, טענו שאין במהות ובאופיו של השירות הצבאי, כנובע מפיסקת ההגבלה הבטחונית הנקובה בסעיף 9 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כדי להצדיק את המשך המצב בו המעצר של חייל בטרם יובא בפני שופט יתמשך על פני 96 שעות וכי ניתן לקצרו משמעותית ל- 48 שעות (כעתירת שגיא) או ל- 24 שעות (כעתירת האגודה לזכויות האזרח ואח"), וזאת מהטעמים הבאים:

ישראל הינה מדינה קטנה מבחינה גאוגרפית (במיוחד לאחר החזרת השטח של מדבר סיני למצרים בעקבות הסכם השלום), ואין צורך לנסוע מרחקים גדולים בכדי להביא חייל לבי"ד צבאי. מספיק בממוצע כשעתיים-שלוש להביאו מכל מקום לבית הכלא הקרוב.

המערכת האזרחית, באמצעות משטרת ישראל, משתלטת על מספר גדול יותר של עצירים בצורה טובה ועומדת בכך בכבוד. בנוסף, הזמן שלה להבאת עציר לבימ"ש אף קוצר בחוק ל- 24 שעות.

ניתן לרכז את העצורים הצבאיים במספר מתקנים צבאיים שיפוורו בארץ (צפון – מרכז – דרום) ולהציב בהם פרקליטים ושופטים צבאיים שיטפלו רק בנושאי הארכת מעצר.

אין להחליף את הביקורת השיפוטית על הצורך במעצר בביקורת פיקודית של מפקדים ופרקליטים בצה"ל, שאינם שופטים. אין כמו הביקורת השיפוטית המשוחזרת מכל דעה סובייקטיבית שעשויה להיות למפקד הצבאי, או לפרקליט הצבאי, שבכל זאת מהווה זרוע של התביעה הצבאית.

גם הצבא טוען ששאיפתו להגיע לקיצור תקופת המעצר ל- 48 שעות, ועל כן יש ליתן את המשאבים הנדרשים לשם יישום הדבר, מה גם שלא נטען ע"י הצבא שהמשאבים הנדרשים לכך לא ניתנים להשגה.

ו. פסק הדין

בג"ץ קבע, כי את "מבחן המידתיות" יש לבחון על בסיס הערכה של הנתונים והשיקולים שהובאו בפניו, ואשר על פיהם יקבע אם הפגיעה בזכות החירות של החייל במקרה דנן עולה על המידה הנדרשת בהתחשב במהותו ואופיו של השירות הצבאי. בג"ץ ייחס חשיבות לעמדת צה"ל הסבור אף הוא, שצריך להעמיד את התקופה המירבית למעצר חייל בטרם יובא בפני שופט על 48 שעות ממעצרו ורק שיקולים של מחסור במשאבים וכוח אדם מונע ממנו לבצע זאת כבר כיום.

לאור זאת, פסק בג"ץ ודבריו יהדהדו ויאירו לעד ולאורם נלך מכאן להבא¹⁹:

"החברה (בישראל - א.א.) נבחנת בין היתר על פי המשקל היחסי שהיא נותנת לחירות האישית. המשקל צריך לבוא לידי ביטוי לא רק באמירות יפות ולא רק בספרי משפט אלא גם בספר התקציב. ההגנה על זכויות האדם כרוכה לא פעם במחיר. החברה צריכה להיות מוכנה לשלם מחיר סביר עבור הגנה על זכויות האדם... נראה כי המחיר הנדרש במשאבים של אדם וכסף כדי לקצר את תקופת המעצר הקיימת, בהתחשב במשקל המיוחד הנודע לצמצום הפגיעה בחירות האישית של חיילים, הינו מחיר סביר... מכל מקום, מחיר זה אינו יכול לשמש טעם טוב לפגיעה בחירות האישית של חיילים כה רבים מעבר למידה הנדרשת ממהותו ומאופיו של השירות הצבאי".

לפיכך, בג"ץ הצהיר וקבע בפסק דינו כי סעיף 237 (א) לחוק השיפוט הצבאי בטל.

ז. סיכום, מסקנות והרהורים לגבי העתיד

כאשר, חייל נעצר ומושם במעצר חירותו נשללת. החירות הינה זכות יסוד חוקתית המוגנת עפ"י חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. לא פעם מתברר, כי החשד בגינו נעצר החייל הינו חשד מופרך, חסר יסוד ועילה, והיה מוטב לולא בוצע המעצר. לא פעם מתברר, כי ניתן היה לחקור את החשד נגד החייל גם ללא הצורך להחזיק את החייל במעצר. לא פעם מתברר, כי בנסיבות העניין, למרות חומרת החשד יש לחייל נסיבות

¹⁹ שם, עמ' 4.

אישיות שמחייבות שלא יהיה נתון במעצר (כך למשל, הצורך לשהות ליד מיטת אימו החולה מאד).

בכל המקרים הנ"ל אין ספק שעדיף הוא שהחייל העצור, יובא בהקדם האפשרי לפני שופט צבאי, שיבחן אם סיבת המעצר, ואת השאלה האם בנסיבות העניין היה בכלל מקום למעצר מלכתחילה, והאם צרכי החקירה ו/או צרכי קיום המשמעת הצבאית מחייבים את הארכת מעצרו.

שופט צבאי הוא גוף אובייקטיבי ושיקוליו נטולי פניות. אשר על כן, החלטתו של השופט תהא צודקת, שכן אין להשוותה לשיקוליו של השוטר הצבאי או הפרקליט הצבאי שהם גופים השייכים לגורמי אכיפת החוק בצבא, ושיקוליהם עשויים להיות שונים עקב זווית הראיה שלהם. לכן, חשוב מאוד שהביקורת השיפוטית על עצם מעצרו של החייל תעשה במהירות המירבית.

זו הפעם הראשונה בישראל, שבג"ץ ביטל לגופו של עניין סעיף מרכזי רב חשיבות בספר החוקים הישראלי²⁰.

בג"ץ, בתעוזה רבה הגן בפסק דינו הנ"ל על זכויות החייל בצה"ל והבהיר בכך בצורה ברורה וחד משמעית לכנסת ישראל כי גם דבר חקיקה שלה שיפגע בזכויות יסוד המוגנות על ידי חוק יסוד, לא חסין מפני ביקורת שיפוטית- עד כדי ביטול דבר החקיקה הפוגע בזכויות אלו.

מאז חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובעיקר לאחרונה, מתקיים ויכוח חריף לגבי היקף התערבות בג"ץ במלאכת החקיקה של הכנסת.

ישנם חוגים מסויימים, הסבורים שבג"ץ נוטל לעצמו סמכויות לא לו כאשר הוא מתערב במלאכת החקיקה של הכנסת וביטול חוק של הכנסת על ידי בג"ץ נראה בעיני חוגים אלו כדבר פסול מעיקרו.

חוגים אלו סבורים שבג"ץ משים עצמו כ"מחוקק על", בעוד שלמעשה הכנסת היא הריבון של העם, שכן היא הגוף שנבחר בבחירות דמוקרטיות ע"י העם לשמש הגוף המחוקק את החוקים. הרשות השופטת אינה גוף שהעם בחר בו, אלא גוף ממונה שתפקידו לשפוט את העם עפ"י החוקים שהכנסת חוקקה.

דוגמא וביטוי להפגנת מורת הרוח של החוגים הנ"ל, ניתן לראות בהחלטה שנתקבלה במליאת הכנסת ב- 30.11.99 לפיה, אל לו לבית המשפט העליון להתערב בנושאים ערכיים, הלכתיים, אידיאולוגיים ופוליטיים. החלטה זו, שנתקבלה ברוב של 14 נגד 10 חברי כנסת שנכחו באותה עת במליאת הכנסת, הינה רק בגדר המלצה, שכן לא מדובר בהצעת חוק שעברה תהליכי חקיקה והפכה לחוק.

²⁰ וזאת להבדיל מבג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נגד שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, שם בוטלה רק הוראת מעבר בחוק ושעניינה רק במועד כניסתו לתוקף של חוק חדש, בעוד שאת עקרונות החוק הוא לא ביטל.

והנה קל מהרה התהפכה הקערה על פיה, ובתגובה הכנסת התכנסה לקבלת החלטה נוגדת שביטלה את ההחלטה מיום 30.11.99 הנ"ל. ברוב של 36 חברי כנסת נגד 27 התקבלה החלטה חדשה שקבעה בין היתר כדלקמן: "הכנסת מכירה בצורך הדמוקרטי לביקורת שיפוטית על חוקיה במסגרת הסמכות שהוקנתה לבית המשפט העליון מתוקף חוקי היסוד".

למרות שכאמור, בהחלטות הכנסת הנ"ל לא מדובר במעשה חקיקה מחייב, יש בכך כדי לבטא את המחלוקת שפרצה בחברה הישראלית לגבי המשמעות של התערבות בג"ץ בעבודת הרשות המחוקקת, אשר שיאה מתבטא בביטול דבר החקיקה של הכנסת ע"י בג"ץ, כפי שקרה בפסיקת בג"ץ נשוא מאמר זה.

דעתו האישית של כותב מאמר זה אינה כדעתם של שוללי התערבות בג"ץ במלאכת החקיקה של הכנסת, מאחר ואינו רואה כל סכנה בדבר, אלא ההפך הוא הנכון. מדינת ישראל קיימת כבר מעל 50 שנה וזו תקופה ארוכה דיה כדי לבחון לאורה את מידת האמון שרוב העם בישראל רוחש לממסד השיפוטי בכלל, ולביהמ"ש העליון בפרט. אין ספק, שמכל המוסדות הציבוריים במדינה, נהנה בית המשפט מאמון בלתי מסויג. אמון זה הוא הן ביחס למידת יושרו של מוסד זה וטוהר כפיו והן ביחס למידת שיקול דעתו הענייני בפסיקותיו.

ואולם מעל לכל, בולט היחס והאמון שיש לחלק הארי של העם בישראל לבית המשפט הגבוה לצדק המתגלה לו כל פעם מחדש כמעוז וכעוגן ההצלה של האזרח הקטן כאשר זכויותיו נרמסות ע"י השלטון על כל גווניו.

לא ביום אחד בנה בית המשפט הגבוה לצדק את האמון הבלתי מסויג שהחלק הארי בעם רוחש לו, אלא כתוצאה מפעולה יום-יומית ולאורך שנים, בה הוא הוכיח כי הוא מבצרו האחרון של האדם הקטן בעמדו מול הרשות הגדולה לסוגיה.

בית המשפט הגבוה לצדק, מכוח היותו הערכאה הגבוהה והמתאימה לכך, יהא זה אשר יפקח על חוקיות החקיקה של הכנסת והוא אשר יעשה את מלאכתו נאמנה ובמסגרת החוק ולא בחריגה ממנו.

כפי שבג"ץ הגן כל השנים על זכויות הפרט מפני עריצות השלטון, כך יגן על העם בציון מפני שרירות חקיקת המחוקק כאשר זו לא תעלה בקנה אחד עם חוקי היסוד.

מוזרה היא ובלתי מובנת צעקתם של חוגים מסוימים, המשקפים מיעוט בעם, נגד התערבות בג"ץ במלאכת החקיקה של הכנסת. לגרסתם, כאשר הרוב בכנסת מחוקק חוק אל לו לבג"ץ להתערב בכך ולבטל חוק שכזה אם הוא לא נראה לו, שהרי הרוב שבכנסת מבטא את רצון העם, והעם הוא הריבון.

טענה זו הינה מסוכנת דווקא לאותם חוגי מיעוט והדבר יכול לפעול כבומרנג דווקא נגדם. הרי רוב זה או אחר של חברי כנסת עשויים משיקולים לא ענייניים לרמוס את זכויותיהם של המיעוט ע"י חקיקה מקפחת ביודעין, והאם זו תהא חקיקה מקובלת על המיעוט? האם גם אז יאמרו חוגים אלו שהחלטת הרוב בכנסת קדושה ואין להרהר

אחריה? האם אז לא ירצו חוגים אלה או אחרים שיעמוד להם בג"ץ למשענת עזר ועוגן הצלה כנגד פגיעה בזכויותיהם שתקופחנה ע"י הרשות המחוקקת רק בגלל היותם מיעוט? מי יעזור למיעוט בעת סגריר? דווקא הם אלו שצריכים להיות חרדים מפני קיצוץ כנפי בג"ץ.

בנדון זה, תשומת הלב לדברי כב' הנשיא ברק בפסק הדין בעניין **בנק המזרחי**, שם פסק כדלקמן²¹:

"אכן, עתה אנו דנים בעניני חוקה וזכויות אדם חוקתיות. בתחום זה מתן כוח לרוב לפגוע בזכויות המיעוט הוא מעשה בלתי דמוקרטי".

מאמר זה נכתב דווקא מתוך חרדה לשמירת שלטון החוק ואין הוא רואה סתירה כלשהי בין ה"כוח", כביכול, שבידי בג"ץ לבטל חוקי כנסת (כמו במקרה נשוא מאמר זה) לבין עקרון כיבוד שלטון החוק.

נהפוך הוא, לדעת כותב המאמר, בבטלו חוק של הכנסת, חוק בג"ץ את שלטון החוק בישראל ברשות ובסמכות, העצים את הדמוקרטיה הישראלית והעלה אותה מספר מדרגות מעלה, וקידם את ישראל להיות מדינה מבין המתוקנות בעולם.

לא שררה בקש לעצמו בג"ץ בבטלו את סעיף 237(א) לחוק השיפוט הצבאי, אלא תיקון עוול נוראי שחוק זה גרם לחייל המשרת בצה"ל אשר חירותו האישית נשללה ממנו בצורה קיצונית ומעבר למידה הנדרשת אף בתנאי השירות הצבאי.

האם נעדיף קיום חוק רע ונשאירו במתכונתו הקיימת, רק בזכות הטיעון שמלאכת החקיקה חייבת להיות רק בידי הרשות המחוקקת? ואם הרשות המחוקקת מסיבות שונות, ולעיתים לא ענייניות, לא תתקן את החוק הרע נרים ידיים רק בשל "קדושת" אי ההתערבות בעבודת הכנסת? הדבר לא נראה לכותב המאמר כנכון וכמוצדק.

יתירה מכך: וכי "שלטון הרוב" המתבטא בעבודת הכנסת תמיד יהווה ערובה לחקיקה שלא תפגע בזכויות האזרח של חלק זה או אחר של אזרחיה? הרי להבדיל אלפי הבדלות, גם הצורך הנאצי היטלר נבחר בגרמניה להיות קנצלר בבחירות דמוקרטיות וראו לאן הוא הוביל את עמו במשטרו הדמוקרטי וכיצד נפגעו חלק מאזרחי מדינתו, קרי היהודים, בחקיקה של בית נבחרים שנבחר באורח דמוקרטי.

אמנם נכון, המשטר הדמוקרטי, הוא שיטת המשטר הטובה ביותר הקיימת מול שיטות משטר אחרות, אך היא בבחינת הרע במיעוטו, שכן גם משטר כזה אינו ערובה בפני השחתה ופגיעה בזכויות אזרח אלמנטריות בסיטואציות מסוימות, כאשר רוב נבחריו של בית המחוקקים יסטה מגורמות וערכי יסוד מקובלים.

²¹ ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נגד מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מ"ט (4) 221, 356.

לכן, ראוי וצריך שיהא לנו בג"ץ עם שופטים אמיצים חסרי מורא, אשר רק מורא החוק עליהם, ואשר יוכלו לעמוד בפרץ בשעת צרה כאשר המחוקק עצמו ישגה מסיבה זו או אחרת, ויחוקק חוקים אשר אינם ברוח חוקי היסוד הנאורים שהוא עצמו חוקק, ושיהא בהם כדי לפגוע בזכויות יסוד חוקתיות.

גם טעות יסודית היא לטעון כי שופטי בג"ץ חורגים מתפקידם ומגדר סמכויותיהם כאשר הם מבטלים דבר חקיקה של הכנסת. המעיין בסעיפים 8 ו-9 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ילמד, כי הכנסת עצמה, בחוקקה חוק יסוד זה, היא עצמה נתנה בידי בית המשפט את הסמכות לבטל חוק הפוגע בזכויות האזרח המוגנות על ידי חוק יסוד זה, במידה והחוק שהכנסת חוקקה אינו הולם את ערכיה של מדינת ישראל, לא נועד לתכלית ראויה ושפגיעתו בזכות המוגנת עולה על הנדרש (וביחס לחיילים המשרתים בצה"ל מידת הפגיעה תבחן תוך התחשבות במהותו ואופיו של השירות).

למעלה מ-50 שנות קיום המדינה לימדו אותנו לסמוך על בג"ץ ושיקול דעתו, ולקבוע כי לא שררה בג"ץ מבקש לעצמו, אלא לשפוט בצדק את העם בציון, במסגרת החוק, ולמען ביצור הדמוקרטיה. אין ספק שלו היה העם בציון מאבחן ששופטי בג"ץ פועלים שלא במסגרת סמכותם שהיא גם חובתם, היו נמצאים הכלים המתאימים להעמיד את בג"ץ על מקומו ובג"ץ עצמו מודע לסכנה זו ועל כן פועל הוא בריסון עצמי נכון²². הפירוש שנותן בג"ץ לסעיפים 8 ו-9 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ושבמסגרתו בג"ץ פועל, הינו הפירוש החוקי, הנכון והלגיטימי. קרי: חוק שיחקק בניגוד להוראת סעיף 8 או 9 לחוק היסוד יבוטל על ידי בג"ץ באשר, כעולה מלשון סעיפים אלו, הוא יהא חוק בלתי חוקתי.

מעניין לקרוא שנית כיום את דבריו הנבואיים של נשיא בית המשפט העליון אהרון ברק, כפי שפורסמו במאמרו "כבוד האדם כזכות חוקתית"²³:

"עם חקיקתו של חוק יסוד כבוד האדם וחירותו התרחשה מהפכה חוקתית בישראל. כבוד האדם ומספר זכויות ספציפיות נוספות – הפכו לזכויות חוקתיות על-חוקיות. הדבר התרחש בשקט, כמעט בהחבא. החברה הישראלית מצאה את עצמה ללא הכנה מספקת, נתונה להגנה חוקתית על זכויות היסוד הבסיסיות. כמתקנות שבאומות, גם לנו חוקה כתובה ונוקשה בדבר זכויות אדם. הכנסת (כבית המחוקקים) מצאה עצמה, לעיתים להפתעתה, כבולה בכבלים שקבעה לעצמה (כרשות המכוננת), ושטרם עמדה על מלוא משמעותם.

²² וראה מאמרו של א' ברק "תפקידו של בית המשפט העליון בחברה דמוקרטית" הפרקליט מ"א (תשנ"ד) (חברות א' – ב') 5, 12.
²³ א' ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" הפרקליט מ"א (תשנ"ד) (חברות ג') 271, 288.

הרשות המבצעת (הממשלה) הופתעה ללמוד כי שליטתה ברוב הפרלמנטרי אינה מאפשרת לה לגבש חקיקה כרצונה, עפ"י צרכיה הפוליטיים, כשהיא משוחררת מכבלים של זכויות אדם. לפתע נתחוויר לרשויות הפוליטיות, כי לפוליטיקה יש גבולות של חוקתיות, וחקיקה רגילה הפוגעת בזכויות אדם עשויה להיות לא חוקתית".

ובהמשך, כותב כבוד הנשיא ברק כך:

"ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק, נגזרת מעליונותה של החוקה שלנו. עליונות של חוק יסוד כבוד האדם וחירותו נגזרת מקביעתו של חוק היסוד בפיסקת ההגבלה כי "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש", נמצא כי חוק שאינו מקיים את דרישותיה של פיסקת ההגבלה אינו יכול לפגוע בזכות יסוד. זה שריון מהותי של חוק היסוד בפני פגיעה בזכות אדם מוגנת ע"י חוק שלא מקיים את דרישותיה של פיסקת ההגבלה".

וכך מסיים כב' הנשיא ברק את מאמרו:

" למרבה הצער לא הכל מודעים לאלף בית החוקתי הזה, ודברים שהם מובנים מאליהם בכל שיטת משפט חוקתית, עשויים לעורר אצלנו תגובות קשות לטענות של השגת גבול שיפוטית. רבים ממגבשי המדיניות חיים עדיין במשטר נורמטיבי שחלף ועבר מעולמנו המשפטי. תגובות מוטעות ולעיתים בלתי מרוסנות, פוגעות באמון הציבור ובשופטיו. בצד הסיכונים עומדים הסיכויים.

הסיכויים הם התקווה כי השינויים החוקתיים ילמדו ויזכרו במוקדם או במאוחר, והם ישפיעו על שינוי בתרבות המשפטית והפוליטית שלנו. הסיכוי הוא בהעלאת כבוד האדם ומקומו הראוי, לערך יסוד של החברה שלנו. חשיבותו של ערך זה אינה רק בכוחו להבטיח את כבוד האדם בישראל, ואת כבוד ישראל בין אומות העולם. חשיבותו של ערך זה הוא בהיותו גורם מגשר בין ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית לבין ערכיה כמדינה דמוקרטית, בהיותו גורם מאחד ומגבש את בני החברה הישראלית על כל גווניהם, לבני חברה אחת אשר על דגלה חרות כבוד האדם".

והנה 6 שנים לאחר שאמר את דברו כאמור לעיל, נתגשמה נבואתו של נשיא בית המשפט העליון. בג"ץ צמח ניתן במסגרת חזונו של אהרון ברק וביטל חוק של הכנסת שפגע מעל המידה הנדרשת בזכות יסוד המוגנת חוקתית, היא זכות החירות של החייל.

כאשר ניתן פסק הדין בבג"ץ צמח, שודר הדבר בהבלטה בראש חוצות ברדיו, בטלוויזיה ופורסם בהרחבה בכל העיתונות. בג"ץ זכה בזכות פסיקתו לשבחים מקיר לקיר. כולם היו מאוחדים בדיעה שפסיקתו הוכיחה שבג"ץ הוא המגן העיקרי בהא הידיעה על זכויות האזרח והדמוקרטיה בישראל, מה עוד שהעז לבטל חוק הנוגע בקודש הקודשים של יכולת תפקודה של מערכת ביטחון ועשוי היה להקשות עליה. והנה, לא נשמעה טענה כלשהי נגד פסק הדין בבג"ץ צמח והעובדה שבמקרה זה ביטל בג"ץ חוק מרכזי שחוקק ע"י כנסת ישראל, לא גרם לאיש לצאת נגד פסיקה זו והדבר עבר כמובן מאליו.

האם חזונו של אהרון ברק החל מתגשם והציבור הישראלי החל להפנים את המהפכה החוקתית? ימים יגידו, מה צופן לנו העתיד, אך חיילי צה"ל יכולים להיות מרוצים מאחר וישום המהפיכה החוקתית החל בביתם והדבר מהווה מבחינתם פתח להשקיע מחשבה ולחשוב, שמא יש עוד עוותי חקיקה הפוגעים בזכויות יסוד של חיילי צה"ל והעומדים בניגוד לפיסקת ההגבלה שבסעיף 9 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. והיה וימצאו עיוותים שכאלו, יודעים היום חיילי צה"ל כי בעקבות התקדים שיצר "בג"ץ צמח", שערי בג"ץ תמיד יהיו פתוחים לפניהם לעתירה מתאימה לביטול העיוות, ביודעם שבג"ץ לא יירתע מעשות כן.

צווים של בתי משפט ישראליים בקשר לירושת מקרקעין ביהודה ושומרון ובעיית ההכרה בפסקים מעין-חפציים

אהוד ברוש*

א. פתח דבר. ב. סמכות שיפוט בינלאומית בענייני ירושה. 1. הדין הישראלי; 2. הדין הירדני; 3. ערכאות ההתיישבות הישראלית: בתי דין רבניים ובתי משפט לעניינים מקומיים. ג. הצו בדבר עזרה משפטית ובעיית ההכרה בפסקי דין ישראליים באזור. 1. כללי; 2. הבחנה בין אכיפה והכרה והשלכותיה. ד. סיכום ביניים: הדין המצוי והרצוי - בעיות, תקלות ופתרונן. ה. מתן הכרה לפסקים ישראליים באזור ובעיית "מקרקעין זרים". 1. מבוא; 2. שיפוט בינלאומי בענייני מקרקעין ו"כלל המקום" (situs rule); 3. חריגים ל"כלל המקום" - מהותם והיקפם; 4. "כלל המקום" - סיכום הדין המצוי; 5. "כלל המקום" - רציונלים וביקורת; 6. "כלל המקום" ביחסים בין ישראל והשטחים המוחזקים - האומנם?; 7. מן הכלל אל הפרט: סמכות שיפוט בינלאומית לגבי מקרקעין זרים בענייני ירושה. ו. ירושת מקרקעין על-ידי ישראלים ביהודה ושומרון - סמכות השיפוט והדין החל. ז. סיכום, מסקנות והמלצות.

א. פתח דבר

בית-משפט בישראל מוציא צו שעניינו מקרקעין המצויים באזור יהודה ושומרון¹. מה

* סרן, עוזר היועץ המשפטי לאזור יהודה ושומרון. תלמיד תואר שני במשפטים, האוניברסיטה העברית.

¹ רשימה זו תתמקד בדין החל ביהודה ושומרון. עם זאת, לחלק מן הדברים (ואולי אף לרובם) רלבנטיות גם לגבי אזור חבל עזה. משמעות המונחים "אזור יהודה ושומרון" וה"אזור" ברשימתנו היא בהתאם להגדרתם בתקנות-שעת-חירום (השטחים המוחזקים על ידי צבא הגנה לישראל - שיפוט בעבירות ועזרה משפטית), תשכ"ז1967- (להלן - התקש"ח), כפי שתוקנו בחוק יישום ההסכם בדבר הגדה המערבית ורצועת עזה (סמכויות שיפוט והוראות אחרות) (תיקוני חקיקה), התשנ"ו1995- (להלן - חוק יישום הסכם הביניים). לפי תקנה 1 לתקש"ח, אין הגדרת ה"אזור" כוללת את "שטחי המועצה הפלסטינית", כמשמעותם בהסכם הביניים הישראלי-פלסטיני בדבר הגדה המערבית ורצועת עזה מיום 28.9.95, ישראל-אש"ף, כ"א 32, עמ' 225 (להלן - הסכם הביניים), קרי: אזורים בהם

מעמדו ותוקפו המשפטי של צו זה? זוהי השאלה הכללית אשר תעמוד במרכז של רשימתנו. השאלה האמורה התעוררה לאחרונה מחדש על רקע ריבוי פניות שעניינן גדר סמכותן של ערכאות שיפוטיות שונות בישראל ובאזור לדון בענייני ירושתם של אזרחים ישראלים אשר במותם הניחו נכסים באזור. על חוסר הבהירות בסוגיה מעידות פניות המגיעות מדי פעם לפרקליטות הצבאית, חלקן מגורמים במערכת המשפטית הציבורית וחלקן מאנשים פרטיים, המבקשים לממש זכויותיהם מכוח צווי ירושה וצווי קיום צוואה שניתנו על-ידי בתי משפט שונים. עם זאת, כפי שנראה להלן, הסוגיה אינה מוגבלת בהיקפה לתחום הירושה דווקא, ועניין לנו בבעיה בעלת אופי כללי, הנוגעת ליסודות היחסים המשפטיים בין מדינת ישראל ובין האזור.

כפי שצינו, השאלה עולה בעיקר בהקשר של נכסי המקרקעין (אם כי חלק מן הבעיות עליהן נעמד להלן מתעוררות גם לגבי נכסים נדים), שכן מימוש הירושה בנכסים מן הסוג הראשון כרוך ברישום הזכות, בין במרשם המקרקעין הסטוטורי (הטאבו)² ובין במרשם ה"פרטי" המתנהל אצל הממונה על הרכוש הממשלתי באזור³ (אשר דומה בצורתו ובמהותו למרשם המופעל על-ידי מינהל מקרקעי ישראל בתחומי ה"קו הירוק")⁴. מקור הקושי נעוץ בעמדתן רבת השנים של הרשויות, הן באזור והן בישראל, לפיה צווים של בתי משפט ישראלים אינם בעלי תוקף משפטי באזור, ורשם המקרקעין (או פקיד רישום עסקאות במשרד הממונה על הרכוש הממשלתי, לפי העניין) לא ירושםם בספרי המקרקעין (או בספרי הממונה). בהתאם לגישה זו, כדי שצו יהא ניתן לרישום, עליו לשאוב את כוחו מהחלטה של ערכאה שיפוטית של האזור.

את גישת הרשויות לשאלת סמכותן של ערכאות שיפוטיות שונות בישראל ובאזור, ניתן

הועברו סמכויות טריטוריאליות לצד הפלסטיני, המכונים בהסכם הביניים "שטחי A ו-B". דברינו יתייחסו אפוא אך למקרקעין המצויים בשטחים בהם הסמכויות הטריטוריאליות נותרו בידי ישראל (אזור C). לסקירת הוראות הסכם הביניים ולהגדרת המושגים השונים בו ראה: "זינגר" הסכם-הביניים הישראלי-פלסטיני בדבר הסדרי ממשל עצמי בגדה המערבית וברצועת-עזה - כמה היבטים משפטיים" משפטים כז (תשנ"ז) 605, וכן א' בנבנשתי וא' זמיר הקניין הפרטי בהסדר השלום הישראלי-פלסטיני (תשנ"ח) 44-41.

² ניהולו של מרשם המקרקעין באזור יהודה ושומרון מושתת בעיקר על הוראות פקודת העברת קרקעות, 1920 המנדטורית - שהייתה בתוקף גם בישראל עד לחקיקתו של חוק המקרקעין, תשכ"ט 1969 - עליה נוספו מספר הוראות בתקופת השלטון הירדני, וכן על הצו בדבר ניהול המקרקעין (יהודה ושומרון) (מס' 450), תשל"ב 1971 - (פורסם בקובץ מנשרים, צווים ומינויים (קמצ"מ) מס' 29, עמ' 1094 (תשל"ג)), מכוחו הועברו הסמכויות שהיו נתונות למנהל הקרקעות והמדידות הירדני לקצין מטה לרישום מקרקעין (קמ"ט רישום מקרקעין).

³ מכוח הצו בדבר רכוש ממשלתי (יהודה ושומרון) (מס' 59), תשכ"ז 1967 - (פורסם בקובץ מנשרים, צווים ומינויים (קמצ"מ) מס' 5, עמ' 162 (תשכ"ז)). לנוסח המעודכן ראה: דיני התכנון, הבניה והמקרקעין באזור יהודה ושומרון (הוצאת המנהל האזרחי לאזור יהודה ושומרון, א' משניות עורך, תשנ"ו) 520.

⁴ למעמד הרישומים בספרי מינהל מקרקעי ישראל ראה לאחרונה: ע"א 6529/96 טקסטיל ריינס בע"מ נ' רייך (טרם פורסם), סעיפים 13 ו-14 של פסק הדין, והאסמכתאות המובאות שם.

להציג בתמצית כדלקמן:

ראשית, נקודת המוצא היא שלצווים של בתי משפט ישראליים בענייני ירושה אין תחולה ישירה באזור. הנחת יסוד זו נתפסה כאקסיומה שכלל אינה צריכה ליבון.

שנית, כפועל יוצא מן ההנחה הנ"ל, הדרך היחידה בה יכולה להינתן נפקות לצווים האמורים היא קליטתם במשפט המקומי על-פי הפרוצדורה הקבועה לחוק הירדני בדבר ביצוע פסקים זרים מס' 8 לשנת 1952 (להלן - חוק ביצוע פסקים זרים)⁵.

שלישית, באשר לירושתם של יהודים (בין אם מדובר בתושבי האזור ובין אם לאו), הסמכות מצויה בידי בתי הדין הרבניים שהוקמו באזור מכוח הצו בדבר שיפוט בתי דין רבניים (יהודה והשומרון) (מס' 981), התשמ"ב 1981 - (להלן - צו מס' 981)⁶. סמכות זו הינה מקורית באופייה, והיא אינה טומנת בחובה סמכות אישור של צווים ישראליים.

המסקנה שהוסקה מן האמור לעיל על-ידי הרשויות הייתה שבפני ישראלי המבקש לרשום זכויות מכוח ירושה במקרקעין באזור עומדות שתי אפשרויות: הראשונה היא דרך הפניה לבית המשפט המקומי לצורך אישור צו הירושה (או צו קיום הצוואה) הישראלי; השנייה היא נקיטת הליך ירושה בפני בית הדין הרבני של האזור. לאפשרות ההליכה בכל אחת מן הדרכים שהותוו לעיל נתייחס בפרוט בהמשך דברינו.

ברשימה זו ראינו לנכון לבחון מחדש את סוגיית מעמדם באזור של הצווים הישראליים בענייני ירושה, תוך סקירת ההסדר המשפטי הקיים על בעיותיו, ניתוח יסודותיו הרעיוניים ובחינת אפשרויות של שינוי המצב. השאלות המשפטיות המתעוררות בענייננו קשורות רובן ככולן לסוגיית הסמכות הבינלאומית⁷ של בתי משפט בתחום הירושה בכלל,

⁵ החוק פורסם בעיתון הרשמי הירדני ("אל-ג'ארידה אל-רסמיה") מס' 1100 מיום 16.2.1952. נוסח החוק תורגם באדיבותו של עו"ד ס' ברמן.

⁶ קמצי"מ מס' 55, עמ' 58 (תשמ"ב). להוראות הצו ראה להלן, הערות 31 ו-32.

⁷ "כללי הסמכות הבינלאומית הפנימית" עוסקים בשאלה אם בתי המשפט בישראל מוסמכים לדון בעניין פלוני. להבדיל מכללי הסמכות המקומית הפנימית - הקובעת לאיזה בית-משפט או בית-דין מכלל מערכת בתי המשפט ובתי הדין בישראל יש סמכות שיפוט מבחינת המקום - אין מפנים כאן את השאלה אל בתי המשפט הפנימיים של המדינה אלא נשאלת שאלה כללית יותר: האם קיים בכלל בית-משפט כלשהו שמוסמך לדון בעניין, או בצורה פשוטה יותר: האם מוסמכת מדינת ישראל באמצעות אחד מבתי המשפט שלה לדון בעניין? (ב' ברכה "המצאת כתבי בי-דין לשטחים המוחזקים" משפטים ד (תשל"ב-ל"ג) 119, 119; ה"ש 6; ההדגשות במקור - א' ב'). כן ראה להלן, הערה 21. יצוין כי על-אף ההבדל המשפטי המהותי בין מושגי הסמכות הבינלאומית והמקומית, רואות חלק מהמדינות בהסדרים הנוגעים לסמכות השניה, למיצער, אינדיקציה לקיומה של הראשונה. כך, למשל, על-פי הדין הגרמני. ראה: E Stein und M. Jonas Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Einleitungsband (Tübingen, 20. Aufl. v. R. Bork u. a., 1980) 380; כן ראה להלן, הערה 83.

ובתחום ירושת מקרקעין כפרט. יתרה מזו - ואולי אף חשוב יותר - השאלות הנ"ל חורגות מדל"ת האמות של דיני ירושה ופותרות פתח לדיון כללי יותר במכלול הסוגיות הקשורות במעמד פסקים ישראלים ביחס למקרקעין באזור. להלן נדון בסוגיות אלה, אחת לאחת.

ב. סמכות שיפוט בינלאומית בענייני ירושה

1. הדין הישראלי

נושא סמכותו הבינלאומית של בית-משפט ישראלי מוסדר בסעיף 136 לחוק הירושה, תשכ"ה-1965 (להלן - חוק הירושה), הקובע לאמור:

"בית משפט בישראל מוסמך לדון בירושתו של כל אדם שמושב ביום מותו היה בישראל או שהניח נכסים בישראל".

ממקרא לשונו של הסעיף מתבקשת מסקנה ברורה באשר להיקף סמכותו של בית המשפט הישראלי⁸, לפיה "...בהתקיים כל אחת מזיקות-השיפוט המוזכרות בסעיף - ה'מושב' והנחת הנכסים - בישראל - קונה בית-המשפט שיפוט לדון ב'ירושה', ללא אבחנה בין סוגים ומקומות"⁹. הסמכות תקום אפוא לגבי כל נכסי העיזבון, בין מיטלטלין ובין מקרקעין, בין אם הם מצויים בארץ ובין אם מקום הימצאם בחו"ל. "העובדה, שנכסי הירושה, כולם או חלקם, אינם נמצאים בארץ, אינה שוללת את סמכות בית המשפט: היותם של שני תנאי סעיף 136 שהוזכרו לעיל תנאים אלטרנטיביים מלמד, כי בית המשפט בישראל מוסמך לדון בעניין ירושה, גם אם נכסי הירושה אינם בתחומי הארץ, ובלבד שמושב של המוריש ביום מותו היה בישראל"¹⁰. הסעיף "...משמיע לנו כי סמכות בית-המשפט הישראלי אינה מוגבלת לאותו חלק של העזבון הנמצא בישראל, אלא

⁸ בשנת 1998 נחקק תיקון מס' 3 לחוק הירושה. במסגרת התיקון, הועברה סמכותו של בית המשפט ליתן צו ירושה או צו-קיום-צוואה בנסיבות מסוימות (בעיקר ובמיוחד כאשר לא הוגשה התנגדות לבקשה למתן הצו) ל"רשמים לענייני ירושה", הכפופים ל"ממונה הארצי לענייני ירושה", הוא האפוטרופוס הכללי כמשמעותו בחוק האפוטרופוס הכללי, תשל"ח-1978 (ראה סעיף 65א ואילך לחוק הירושה). למען הנוחות, נמשיך לכוון את המוסדות המוסמכים לפעול בענייני ירושה "בית משפט".

⁹ א' ח' שאקי "כללי משפט בינלאומי פרטי בחוק הירושה, תשכ"ה-1965" - עיוני משפט ג (תשל"ג-ל"ד) 51, 60. גישה זו אומצה גם בסעיף 65(ד) רישא להצעת חוק ברירת הדין החדש שהוכנה על-ידי פרופ' לבונטין: "למערכת השפיטה של ישראל סמכות לדון בעזבונו וירושתו של כל אדם שמושב בשעת פטירתו היה בישראל או שעזבונו, או חלקו, מצוי בישראל...". ראה א' לבונטין ברירת הדין - הצעת חוק עם דברי הסבר לפי הסעיפים (מהדורה שנייה, תשנ"ח) 34, 255.

¹⁰ ע"א 598/85 כהנא נ' כהנא, פ"ד מד(3) 473, 476-477.

משתרעת על העזבון כולו, לרבות נכסי-דלא נידי שהמוריש הניח בחוץ-לארץ¹¹. בכך ניתן ביטוי נוסף לאימוץ ה"שיטה האחידה" (unitary system) - בניגוד ל"שיטת הפיצול" (scission system) - בכללי ברירת הדין בתחום הירושה על-ידי המחוקק הישראלי¹².

לא זו אף זו: "יתכנו מקרים בהם יש לבית משפט בישראל סמכות אבל היא לא תהיה אפקטיבית. אין מצב זה גורע מאומה מסמכותו של בית המשפט. לגבי מוריש שמושב בישראל, יש לבית המשפט סמכות לדון לגבי כל נכסיו, כולל מקרקעין הנמצאים במדינה אחרת. וזאת, אפילו אם אותה מדינה רואה את עצמה כבעלת הסמכות הבלעדית לדון במקרקעין של אותו מוריש"¹³. סירובה של מערכת המשפט הזרה ליתן נפקות לפסק הישראלי אין בו כשלעצמו כדי לשלול סמכותו של בית המשפט הישראלי¹⁴. כפי שציין

¹¹ בג"צ 171/68 חאנזאליס נ' בית-הדין של הכנסיה הפטריארכית היוונית-אורתודוקסית, פ"ד כג(1) 260, 272. וראה ברוח זו גם ת"ע (חי') 914/75 עזבון כץ נ' גרידינגר, פ"מ תשל"ט(1) 246, 249, 254. אולם יש לציין כי קיימת דעה "...שיש מקום גם לפרש את הסעיף [136 לחוק הירושה - א' ב'] כמעניק סמכות כתוצאה מהנחת נכסים בישראל, רק על אותם הנכסים שהמוריש הניח בישראל", למיצער, מקום שכמותם וערכם של נכסי המוריש בארץ הינם זניחים ביחס לנכסיו בחו"ל (ש' שילה פירוש לחוק הירושה, תשכ"ה-1965-כרך ב, תשנ"ה) 120.

¹² שילה, שם. להגדרת ההבדל בין ה"שיטה האחידה" לבין ה"שיטה המפוצלת" בידי הירושה יפים דבריו של פרופ' שאקי (לעיל, הערה 9, בעמ' 68):

"...כללי ברירת הדין בעניני ירושה וצוואות, מושתתים על אחד משני העקרונות:

- (1) עקרון 'השיטה האחידה' - החל בשווה על כלל עזבוננו של המוריש, ללא אבחנה בין מקרקעין לבין מיטלטלין, והמתבסס על התפיסה של 'ירושה אוניברסלית', כפי שנוסחה במשפט הרומי;
- (2) עקרון 'השיטה המפוצלת' - הנוהג באופן אחד לגבי מקרקעין, ובאופן אחר לגבי מיטלטלין. עקרון זה, שמקורו בדין הפאודלי, מקובל כיום, בין השאר, בארצות חבר-העמים הבריטי ובמדינות ארצות-הברית, שם הוא ידוע כ-'scission system' (ההדגשות במקור - א' ב').

השיטה האחידה נוהגת, בין היתר, בגרמניה, איטליה, ספרד, מדינות אמריקה הלטינית והמדינות הסקנדינביות. השיטה המפוצלת קיימת בארצות המשפט המקובל, וכן בצרפת ובלגיה. בשיטה אחרונה זו, ככלל, חולש על ירושת המיטלטלין דין מקום מושבו של המוריש, ועל ירושת המקרקעין - דין מקום הימצאם (lex rei sitae). להבחנה בין שתי השיטות ולסקירה השוואתית ראה גם: הצעת חוק הירושה (תשי"ב) 156-157; G. Kegel; Internationales Privatrecht (München, 7. Aufl., 1995) 758-759. כן ראה להלן, הערות 72-77 והטקסט הסמוך להן. על דיני הירושה הירדניים ראה להלן, הערות 223-229, והטקסט הסמוך להן.

¹³ שילה, שם, בעמ' 118.

¹⁴ פרשת חאנזאליס, לעיל הערה 11, בעמ' 271, 277-278. באותו מקרה נדונה ירושתה של תושבת מזרח ירושלים, שנכסיה כללו מגרש ובית ביריחו. המנוחה הותירה צוואה לטובת אחיה, אשר אושרה על-ידי בית הדין של הכנסייה היוונית-אורתודוקסית במזרח ירושלים. בעלה של המנוחה הגיש עתירה לבג"צ בטענה כי בית הדין הכנסייתי היה חסר סמכות לדון בירושה, והסמכות מצויה בידי בית המשפט המחוזי בירושלים. עמדת המדינה, אשר תמכה בעמדת המשיבים, הייתה שדין העתירה להידחות, בין היתר, משום שרשם הקרקעות

השופט ד' לויין בעניין כהנא, "...הגם שבית המשפט ייטה לפרש חוקים באופן המבטיח לפסק הדין, במידת האפשר, תחולה אפקטיבית...., הרי שעקרון האפקטיביות אינו חזות הכול, אלא הוא עקרון פרשנות הדר בכפיפה אחת עם שקולי פרשנות אחרים ונסוג, כמובן, מפני חוק המחיל דין ישראלי גם כאשר זה עלול להתגלות כבלתי אפקטיבי. [...]. גם כאשר פסק הדין הישראלי אינו אפקטיבי במובן זה שלא יינתן לו תוקף כלשהו במדינה הזרה, עדיין אין זה הופך אותו ל'עקר וחסר משמעות'".¹⁵

זאת ועוד. השיטה הישראלית של ברירת הדין בענייני ירושה גורסת ניתוק מוחלט בין שאלת הסמכות ובין שאלת הדין המהותי החל על הירושה. "אפילו אם מדובר בנכס הנופל לגדר סעיף 138 שבחוק [הירושה - א' ב'], היינו נכסים העוברים בירושה לפי דין מקום הימצאם בלבד", שלגביהם המחוקק קבע 'יחול על ירושתם אותו דין', אין בכך להוציא נכס זה מצפורני בית המשפט הישראלי, אם המוריש היה תושב הארץ במובנו של סעיף 135. סעיף 138 מתייחס לדין המהותי שיש להחיל, ולא לשאלת הסמכות. דין מהותי לחוד, וסמכות לחוד"¹⁶. עמדה זו של חוק הירושה הישראלי עומדת בניגוד לחלק משיטות משפט זרות, הנוהגות לעתים להצמיד את שתי הסוגיות זו לזו.¹⁷ עולה מן המקובץ כי המחוקק הישראלי הרחיב עד מאוד את גדר סמכותו הבינלאומית של בית-משפט בישראל בענייני ירושה. תוצאתה המשפטית של גישת המחוקק הינה שמקום שמוענקת הסמכות לגבי אדם מסוים, היא תהא לעולם כללית ובלתי-מוגבלת, ותתפוס

ביריחו ממילא לא ירשום צו של בית-משפט ישראלי, אך יכבד את החלטתו של בית הדין הכנסייתי, הפועל מכוח הדין הירדני. טענה זו לא נתקבלה על דעת רוב השופטים (שהחליטו לקבל את העתירה, בניגוד לדעתו החולקת של השופט ויתקוף), מנימוקים שונים. השופט הלוי סבר כי אין בשיקולי האפקטיביות כדי לשלול סמכות מבית המשפט הישראלי (שם). לעמדת שופט הרוב הנוסף, מ"מ הנשיא זילברג, ראה להלן, הטקסט הסמוך להערה 26.¹⁵ לעיל, הערה 10, בעמ' 483. ליחס בין סוגיית האפקטיביות לבין סוגיית הסמכות ראה: ב' ברכה "מקומו של עקרון האפקטיביות במסגרת כללי הסמכות הבינלאומית הפנימית של בתי משפט בישראל" עיוני משפט ו (תשל"ח-ל"ט) 560.¹⁶ שילה, לעיל הערה 11, בעמ' 118. ראה גם פסק-דין האנזאליס, לעיל הערה 11, בעמ' 272.¹⁷ לסעיף 138 לחוק הירושה ראה להלן, הערה 77.

¹⁷ זו גישתו של המשפט הבינלאומי הפרטי הגרמני, הדוגל בעיקרון ה"מרוץ המקביל" של הסמכות הבינלאומית ושל הדין המהותי החל בענייני ירושה (Gleichlaufprinzip). לפי עיקרון זה (הכפוף אמנם לחריגים מסוימים), מוסמך בית-משפט בגרמניה לדון בעניין שבירושה רק במידה שבאותו עניין יהא עליו להחיל את דין הירושה הגרמני (לרבות החלה מכוח "הפניה חוזרת" - renvoi, Rückverweisung). ראה: T. Kipp und H. Coing, *Erbrecht* (Tübingen, 14. Bearb., 1990) 709; *J. von Staudingers Kommentar zum BGB, Einführungsgesetz zum BGB/IPR, Art. 25, 26 EGBGB* (Berlin, 13. Bearb. v. H. Dörner, 1995) 340-344; *Münchener Kommentar zum BGB*, B. 10 (München, 3. Aufl., H.J. Sonnenberger Red., 1998) 1418-1419. יצוין כי על תורת ה"מרוץ המקביל" נמתחה ביקורת נוקבת על-ידי מלומדים. ראה: *Staudingers Kommentar*, שם, בעמ' 346-344; *Münchener Kommentar*, שם, בעמ' 1418; H. Schack *Internationales Zivilverfahrensrecht* (München, 2. Aufl., 1996) 199. לקשר בין שאלות הסמכות והדין החל בענייני מקרקעין ראה להלן, הערה 78.

ברשתה את כל הנושאים הקשורים לירושתו. המגבלה היחידה לסמכות הכללית כאמור עשויה למצוא מקורה בריסונו העצמי של בית המשפט, במסגרת יישום תורת ה"פורום הלא נאות" (forum non conveniens)¹⁸. ואולם, קשה להעלות על הדעת מצב בו דוקטרינה זו תופעל על-ידי בית-משפט ישראלי ביחס לירושתם של תושבי ישראל, בוודאי לא כאשר חלק מנכסי העיזבון נמצאים לא במדינה זרה, אלא באזור המוחזק על-ידי צה"ל. נדמה כי תחולת העיקרון בהקשר של ירושה עשויה להצטמצם למקרים בהם מושתתת הסמכות של בית-משפט ישראלי על הנחת נכסים בישראל, אם נכסים אלה הינם פעוטי ערך¹⁹.

שאלה מעניינת היא מתי יהא בית-משפט בישראל מוסמך לדון בירושתו של אזרח ישראלי המתגורר באחד היישובים הישראליים ביהודה ושומרון. ספק אם ניתן לראות באנשים אלה תושבי ישראל לעניין "חלופת הסמכות" הראשונה שבסעיף 136 לחוק הירושה. נהפוך הוא: מאי-הכללת חוק הירושה ברשימת החוקים שלעניינם יש לראות אזרחי ישראל שמקום מושבם ביהודה, שומרון וחבל עזה כ"תושבי ישראל"²⁰ משתמע

¹⁸ ראה שילה, לעיל הערה 11, בעמ' 121. סוגיית ה-forum non conveniens חורגת ממסגרת דיונו. בעניין זה ראה כללית: S. Goldstein "Rules for Declining to Exercise Jurisdiction in Civil and Commercial Matters: Forum Non Conveniens, Lis Pendens" *Israeli Reports to the XIV International Congress of Comparative Law* (Jerusalem, 1994) 107. כן ראה: ע"א 300/84 אבו עטיה נ' ערבטיסי, פ"ד לט(1) 365, 384-386; ע"א 2705/91 אבו-ג'חלה נ' חברת החשמל מזרח ירושלים בע"מ, פ"ד מח(1) 554, 559-575; רע"א 9716/93 החברה הערבית לביטוח שכס נ' זריקאת, פ"ד מח(3) 265, 269-270; ע"א 5118/92 חברת אלטריפי ללתעהודאת אלעאמה בע"מ נ' סלאיימה, פ"ד נ(5) 407, 412-414. על ההתפתחויות האחרונות בסוגיה ראה להלן, הערה 163. א. לסקירה השוואתית של דוקטרינת ה"פורום הנאות" ראה: Schack, לעיל הערה 17, בעמ' 194-198. על עקרון האפקטיביות כמרכיב בשיקול הדעת באשר להפעלת סמכות על-ידי בית-משפט ראה גם מאמרו של ברכה, לעיל הערה 15, בעמ' 572-575. על יישום הדוקטרינה על מערכת היחסים בין ישראל ובין אזור יהודה ושומרון ראה להלן, הערות 182-201, והטקסט הסמוך להן.

¹⁹ שילה, לעיל הערה 11, בעמ' 121. על בית-משפט ישראלי כפורום נאות לביורר סכסוכים בקשר למקרקעין ביהודה ושומרון ראה להלן, הערות 182-201, והטקסט הסמוך להן.

²⁰ רשימת החוקים מופיעה בתוספת לתקש"ח (ראה לעיל, הערה 1). תקנה 6ב לתקש"ח קובעת כהאי לישנא:

"36. חזקת תושבות (תיקון: תשמ"ד)

(א) לצורך החיקוקים המנויים בתוספת הביטוי 'תושב ישראלי' או ביטוי אחר בענין תושבות, מגורים או ישיבה בישראל האמור בהם, יראו אותו ככולל גם אדם שמקום מגוריו הוא באזור והוא אזרח ישראלי או שהוא זכאי לעלות לישראל לפי חוק השבות, תשי"א 1950- , ואשר אילו מקום מגוריו היה בישראל היה נכנס בגדר ביטוי כאמור.

(ב) שר המשפטים באישור ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, רשאי בצו לשנות את התוספת."

לכאורה כי אין ישראלים אלה מקיימים את "מבחן התושבות" של חוק הירושה. ברם, ניתן להניח כי במרבית המקרים תתקיים אצל מורישים ישראליים תושבי השטחים החלופה השנייה של סעיף 136 (הנחת נכסים בישראל, למשל - החזקת חשבון בבנק ישראלי), ויהא די בכך כדי להקנות סמכות לבית המשפט הישראלי. בית המשפט יהיה נטול סמכות רק במקרה הנדיר - במציאות השוררת במישור הקשרים הכלכליים של המתישבים הישראליים באזור עם ישראל - בו לא היו למתיישב המוריש נכסים כלשהם בישראל.

2. הדין הירדני

עד כה דנו בשאלת סמכותו של בית-משפט ישראלי בתחום הירושה מנקודת מבטו של המשפט הישראלי. ראינו כי כמעט תמיד יראה בית-משפט בישראל עצמו מוסמך לדון בירושתו של ישראלי באזור. ואולם, ברי כי בענייננו לא ניתן להסתפק בבדיקה האמורה. עלינו לבחון את סוגיית הסמכות באספקלריית דיני האזור, בו נדרש קיומו של הפסק הישראלי. דינים אלו - המורכבים משני רבדים עיקריים: הדין הירדני ותחיקת הביטחון - הם שיכריעו באופן בלעדי בסוגיית הסמכות.²¹

לתקנה 66 כמכשיר להחלת הדין הישראלי על המתישבים בשטחים המוחזקים ראה: E. Benvenisti *Legal Dualism - The Absorption of the Occupied Territories into Israel* (Boulder, San Francisco and Oxford, 1990) 20-21. כי לאחר השלמת כתיבת עיקר רשימה זו, החלה להתגבש במשרד המשפטים יוזמת חקיקה, המבקשת להנהיג רפורמה של ממש בנושא סמכויות שיפוט בענייני משפחה בהתיישבות הישראלית ביהודה, שומרון וחבל עזה. בין היתר, כוללת הרפורמה המוצעת הכנסת חוק הירושה לרשימת החוקים שבתוספת לתקנה 66 הנ"ל. נכון למועד כתיבת דברים אלה, התיקון טרם אושר על-ידי שר המשפטים.²¹ פרופ' ורשטיין-פסברג עמדה על המובנים השונים של מושג הסמכות בהקשר הבינלאומי:

"...המושג סמכות הוא מושג רב משמעויות. במשמעותו המוכרת ביותר, הוא מתייחס לסוגיה של סמכות או שליטה שיפוטית - adjudicatory jurisdiction: הוא עוסק בשאלה, איזהו בית המשפט המוסמך לדון בעניין, או האם ראוי היה שהעניין נדון בבית המשפט שבו נדון. אך בהקשר של פסק דין זר, דרישה מוכרת זו לסמכות שיפוט אף היא אינה חד-משמעית. ניתן להבחין מצד אחד בסמכות שיפוט על פי **דין המדינה שהוציאה את הפסק**. ובתוך כך, ניתן להתייחס עוד לסמכות שיפוט של השיטה הזרה **בכללותה** בנפרד מסמכות השיפוט של בית המשפט **הספציפי** שהוציא את פסק הדין. מצד אחר, ניתן להבחין בסמכות שיפוט כפי שהיא נמדדת בעיני שיטות אחרות - ובראשן השיטה הקולטת את פסק הדין - הבוחנת אם ההחלטה ניתנה על ידי מדינה בנסיבות המחייבות שמדינות אחרות תכרנה בה - סמכות הקרויה סמכות **עקיפה**.

תחום דיני הירושה הינו - בדומה למצב בישראל - התחום היחיד של משפט בינלאומי פרטי בו קיים בדין הירדני הסדר חקיקתי מקיף²². הסדר זה מושתת על הוראות חוק העזבונות לזרים וללא מוסלמים מס' 8 לשנת 1941 (להלן - חוק עזבונות הזרים), אשר הוחל בגדה המערבית של ירדן בחוק מס' 8 לשנת 1958²³. החוק כולל הוראות מפורטות בדבר כללי ברירת הדין. בסוגיית הסמכות מורה סעיף 3 לחוק כי -

"לבתי המשפט לערכאה ראשונה הסמכות לדון בכל עניין הנוגע לאישור צוואות, לירושת נכסים במזרה הירדן או בכל סכסוך העלול להתגלע סביב צוואה או סביב ירושה כזו, וזאת בכל מקרה

מקובל היום שכללים אחרונים אלה, המגבילים כביכול את כוחה השיפוטי של מדינה כלפי חוץ, אינם מצויים במשפט הבינלאומי הפומבי אלא בדינה של כל מדינה ומדינה. אולם גם בתוך עמדה זו ניתן, באופן עקרוני, לזהות שני מקורות חלופיים לכללים אלה: ניתן לבסס את כללי הסמכות העקיפה על הכללים המגדירים את סמכות השיפוט של אותה שיטה עצמה - כללי הסמכות הישירה, וניתן לחלופין ליצור להן מקור נפרד ועצמאי. מושג הסמכות יכול להתייחס גם לסוגיה אחרת, והיא הסוגיה של שליטה מהותית. סמכות זו, הקרויה סמכות חקיקתית - legislative jurisdiction - עוסקת בסמכותה של שיטת המשפט לשמש בסיס מהותי לזכות, או לשלוט במצב באמצעות דינה, להבדיל משלוט בו באמצעות בתי המשפט שלה. סמכות זו עוסקת בשאלה: מה הדין הראוי, האם היה ראוי להכריע בעניין במסגרת הדין המהותי הנטען? התשובות לשאלה זו מצויות כידוע בכללי ברירת הדין, שמהווים היום חלק מדינה של כל מדינה" (ס' ורשטיין פסברג פסקים זרים במשפט הישראלי (תשמ"ו) 79-80; ההדגשות במקור - א' ב').

Restatement-ה אמריקני מבחין בין ה"סמכות להורות" (jurisdiction to prescribe,) *i.e.*, to make its law applicable to the activities, relations, or status of persons, or the interests of persons in things, whether by legislation, by executive act or "jurisdiction to () "סמכות לפסוק" (order, or by determination of a court) adjudicate, *i.e.*, to subject persons or things to the process of its courts or (administrative tribunals...) "וה"סמכות לאכוף" (jurisdiction to enforce, *i.e.*, to) induce or compel compliance with its laws or regulations, whether through the (courts or by use of executive, police, or other nonjudicial action". ראה: Restatement Third, Foreign Relations § 401. על הבחנה בין סוגי הסמכות השונים ראה גם: R. Geimer *Internationales Zivilprozeßrecht* (Köln, 3. Aufl., 1997) 120-125.

בהתאם לטרמינולוגיה הנקוטה בידי פרופ' ורשטיין-פסברג, בעוד שדינונו במישור הדין הישראלי עניינו הסמכות השיפוט "הישירה", עתה עוברים אנו לדון בסמכות ה"עקיפה". כן ראה לעיל, הערה 7. להבחנה בין סמכות השיפוט וסמכות החקיקה ראה להלן, הערה 193.

ראה: G.L. Behrens *Das Kollisionsrecht Jordaniens* (Frankfurt-am-Main und Berlin, 1970) 74.

²³ שם. לנוסח החוק המתורגם לעברית ראה: דיני התכנון, הבניה והמקרקעין באזור יהודה והשומרון (לעיל, הערה 3), בעמ' 434.

בו לא נקבע בחוק להעניק דבר מתן סמכות זו לבית-משפט אחר. בכפוף לסעיף 5 לחוק זה תהיה לבתי המשפט הללו הסמכות הבלעדית בכל מקרה ממקרים אלה אם הנפטר הוא אדם זר".

סעיף 5 משלים את ההוראה הנ"ל בקובעו:

"בכל מקרה בו יהיה הנפטר הזר מוסלמי בעת פטירתו ובחוק שבארצו נקבע שיש להחיל את כללי ההלכה המוסלמית בכל הנוגע לחלוקת נכסיו או במקרה בו השתייך הנפטר לעדה דתית לא מוסלמית המיוצגת על-ידי מועצת עדה דתית, רשאי נשיא בית המשפט לערכאה ראשונה להעביר את עניין ניהול נכסי אותו אדם וחלוקתם אל בית המשפט הדתי המוסמך באם יראה זאת לנכון ובאם יראה כי הצדק יחייב זאת".

הוראות אלה אינן מותירות ספק בדבר היות בתי המשפט האזרחיים לערכאה ראשונה בעלי סמכות **בלעדית**, הכפופה רק לאפשרות העברת הדין לבית-דין דתי במקרים מתאימים, לרוב ככלל ענייני הירושה של זרים בירדן. ההסדר שבחוק עזבונו הזרים אינו מותיר פתח לקליטת החלטות שיפוטיות זרות בענייני ירושה²⁴.

ודוק: בפרשת **חאנזאליס** טען העותר כי ניתן ל"אשר" באזור פסק דינו של בית-משפט ישראלי בענייני ירושה, מכוח חוק ביצוע פסקים זרים הירדני²⁵. על טענה זו השתית השופט זילברג את החלטתו לקבל את העתירה²⁶. דא עקא, נדמה כי אין בסיס משפטי לקביעה זו, אשר אינה מבחינה כראוי בין "ביצוע" (או "אכיפה") של פסקי-חוק לבין "הכרה" בהם²⁷. שכן תחולתו של החוק מוגבלת, בהתאם לסעיף 2 שבו, לאכיפת פסקים המחייבים תשלום סכום כסף, מסירת נכס נד או עריכת חשבון²⁸. אלה הם פסקים הניתנים מטיבם להוצאה לפועל, וצווים בענייני ירושה (וכמוהם גם פסקי סטטוס) אינם נמנים

²⁴ מצב משפטי זה שימש רקע לפרשת **חאנזאליס**, ראה **לעיל**, הערות 11 ו-14.

²⁵ ראה **לעיל**, הערה 5.

²⁶ פסק-דין **חאנזאליס**, **לעיל** הערה 11, בעמ' 268. גם השופט ויתקון בדעת מיעוט אינו מטיל ספק בדבר נכונותה של טענה זו (שם, בעמ' 278).

²⁷ להבחנה בין אכיפה והכרה ולהשלכותיה בענייננו ראה **להלן**, הערות 43-45.

²⁸ ראה: Behrens, **לעיל** הערה 22, בעמ' 31. לאחרונה פסק בית המשפט לערכאה ראשונה בשכם, אגב דיון בתוקפו של צו עיקול שהוצא על-ידי בית-משפט השלום בתל-אביב לגבי חלקת מקרקעין בכפר עסכר שבשומרון, כי החלטות זרות בענייני מקרקעין ניתנות למימוש באזור על-פי הפרוצדורה הקבועה בחוק ביצוע פסקים זרים (ת"א (שכם) 8607/99 **עבד אללה נ' הממונה על מרשם המקרקעין** - לא פורסם, תורגם באדיבותו של עו"ד סי' ברמן). ספק רב אם קביעה זו בפסק הדין (שאינה מנומקת) משקפת נכונה את המצב המשפטי באזור. על פסק הדין ראה עוד **להלן**, הערה 81.

עליהם²⁹. יוצא כי בתחום דיני הירושה אין לחוק ביצוע פסקים זרים כל נפקות. הדין הירדני רואה אפוא בחוק עזבונות הזרים את המסגרת המשפטית ה"סגורה" למימוש זכויות ירושה של זרים.

3. ערכאות ההתיישבות הישראלית - בתי דין רבניים ובתי משפט לעניינים מקומיים

כרוסם מסוים ב"מונופול" של בתי המשפט המקומיים של האזור³⁰ בתחום הירושה על-פי הדין הירדני חל עם חקיקתו של צו מס' 981³⁰, אשר הקים את בתי הדין הרבניים, המוסמכים לדון בענייני המעמד האישי של יהודים ביהודה ושומרון, לרבות עניינים שבירושה. במסגרת הצו אף בוטלה סמכותם של בתי המשפט המקומיים לדון בעניינים אלה³¹. אולם ספק אם גרם הצו להוצאת ענייני הירושה של האוכלוסייה היהודית באזור לחלוטין מגדר סמכותם של בתי המשפט המקומיים, שכן סמכות בתי הדין הרבניים של האזור זהה בהיקפה לזו של בתי הדין הקיימים בישראל³². בתי הדין באזור אינם אפוא בעלי מעמד עצמאי, אלא הם יונקים את מעמדם מזה של מקביליהם בישראל. בענייני ירושה מותנית סמכותו של בית הדין בישראל בהסכמת כל הצדדים הנוגעים בדבר, מכוח סעיף 155(א) לחוק הירושה³³. די בהעדר הסכמה של צד כלשהו כדי שהסמכות לא תקום.

²⁹ ראה: Behrens, שם, ה"ש 77.

³⁰ כאן ובהמשך, "בתי משפט מקומיים" פירושה בתי המשפט שפעולתם באזור הוסדרה בצו בדבר בתי המשפט המקומיים (יהודה ושומרון) (מס' 412), תש"ל1970 - (קמצ"מ מס' 25, עמ' 954 (תשל"א)); לנוסח מעודכן ראה: **החקיקה ביהודה ושומרון** (צ' פרייזלר עורך, 1987-1991) 80.

³¹ לעיל, הערה 6.

³² בעניין היקף סמכותו של בית הדין הרבני של האזור קובע סעיף 7 לצו לאמור:
"7. שיפוט בינלאומי

בתי דין רבניים ידונו בעניינים של יהודים:

(א) תושבי האזור; או

(ב) כשאחד מהם הינו תושב האזור והאחר תושב אזור אחר

המוחזק ע"י צה"ל או ישראל; או

(ג) הצורך לדון בעניינים התעורר באזור; או

(ד) כשכל הצדדים הביעו הסכמתם לשיפוט של בית הדין".

סעיף 9(א) לצו מוסיף וקובע כי "בתי משפט מקומיים לא יהיו מוסמכים לדון בענייני המעמד האישי של יהודים". ס"ק (ב) של אותו סעיף מגדיר את ענייני המעמד האישי "כמשמעותם בסעיף 5 לחוק המועצות הדתיות הבלתי מוסלמיות מס' 2 לשנת 1938", וענייני ירושה כלולים בהגדרה זו.

³² על-פי סעיף 6 לצו מס' 981, "לבתי הדין הרבניים [באזור - א' ב'] יהיו השיפוט והסמכויות כשל בתי הדין הרבניים בישראל, והם ידונו בעניינים שלפניהם לפי הדין, סדרי הדין ודיני הראיות הנהוגים בבתי הדין הרבניים בישראל".

³³ "...מוסמך בית הדין הדתי שהיה לו שיפוט בענייני המעמד האישי של המוריש, לתת צו-ירושה וצו-קיום-צוואה ולקבוע זכויות למזונות מן העזבון, אם כל הצדדים הנוגעים בדבר לפי חוק זה הביעו בכתב הסכמתם לכך".

במצב זה שוב אין מנוס מן המסקנה כי הערכאה המוסמכת לדון בירושה, מבחינת דיני האזור, הוא בית המשפט המקומי.

ערכאה נוספת, לה עשוי להיות תפקיד בענייני ירושה של ישראלים באזור, קמה בדמות בתי-משפט לעניינים מקומיים, הפועלים בהתיישבות הישראלית באזור. בתי משפט אלה הוקמו מכוח פרק ט"ז לתקנון המועצות המקומיות³³ (להלן - התקנון), שהוצא בשנת 1981 על-ידי מפקד כוחות צה"ל באזור על-פי סעיף 2 לצו בדבר ניהול מועצות מקומיות (יהודה והשומרון) (מס' 892), תשמ"א 1981-³³, ותחום שיפוטם מקביל לתחום הרשויות המקומיות הישראליות (מועצות מקומיות ואזוריות)³⁴. נספח מס' 3 לתקנון מסמיך את בית המשפט לעניינים מקומיים לדון על-פי מספר חוקים ישראליים מדיני המעמד האישי, לרבות חוק הירושה, בשינויים המחויבים, המפורטים בסעיף 4 לנספח. בסוגיית סמכות השיפוט מחליף סעיף 4(יא) (5) לנספח את סעיף 136 לחוק הירושה בהוראה הבאה:

136. (א) בית משפט לעניינים מקומיים מוסמך לדון בירושתו של מתיישב או יהודי שהניח נכסים באזור, ובלבד שבית משפט אינו מוסמך לדון בירושה כאמור.
(ב)..."

"בית המשפט" מוגדר בסעיף 124 לתקנון כ"בית משפט הפועל לפי חוק בתי המשפט, התשי"ז 1957-".

ההוראות הנ"ל מצביעות על הגבלת סמכותו של בית-משפט לעניינים מקומיים בענייני ירושה בשני מובנים: ראשית, היא חלה רק על ירושת "מתיישב"³⁵ או יהודי; שנית (וחשוב יותר), הסמכות הינה בעלת אופי שיוּרִי, והיא קיימת - כך עולה מנוסח התקנון - רק במקרים בהם בית-משפט בישראל אינו מוסמך לדון, בהתאם לכללי הסמכות הישראלים הפנימיים, כפי שנקבעו בחוק הירושה³⁶. דא עקא, כפי שראינו לעיל, סמכות

³³ לנסח מעודכן של התקנון ראה: דיני המועצות המקומיות והמועצות האזוריות באזור יהודה ושומרון (הוצאת משרד הפנים, תשנ"ו) 153 ואילך.
³³ קמצי"מ מס' 48, עמ' 864 (תשמ"ב). לנסח מעודכן ראה דיני המועצות המקומיות והמועצות האזוריות באזור יהודה ושומרון, שם, בעמ' 150.
³⁴ ראה סעיפים 124 (הגדרת "ישוב"), 125 ו-126 לתקנון.
³⁵ הגדרת "מתיישב" מצויה בסעיף 124 לתקנון. לענייננו רלבנטי חלקה הראשון של ההגדרה, הכולל:

"מי שרשום במרשם האוכלוסין בישראל וכן -
(א) מקום מגוריו באזור; או
(ב) מקום עסקו או העסקתו הוא בישוב - ובלבד שיחשב כמתיישב רק בהתייחס לעסקו או להעסקתו כאמור".

³⁶ נשאלת השאלה, כלום חל שינוי בהיקף סמכותו של בית המשפט לעניינים מקומיים בעקבות תיקון מס' 3 לחוק הירושה, אשר העביר חלק מן הסמכויות על-פי חוק הירושה לרשמים לענייני ירושה (ראה לעיל, הערה 8). אין ספק כי הרשם אינו "בית משפט הפועל

בית-משפט בישראל ביחס לירושת ישראלים באזור תהיה קיימת כמעט תמיד - למעט אותם מצבים יוצאי דופן בהם לא השאיר המוריש נכסים בישראל. כך נוצר, הלכה למעשה, "מעגל שוטה" שלא ניתן לפורצו, ומעמדו של בית המשפט לעניינים מקומיים בענייני ירושה נותר חסר משמעות.

ניתן אפוא לראות, כי במסגרת ה"סגורה" כביכול אותה קבע המשפט הירדני להכרה בזכויות מכוח ירושה נפרצו "פתחי מילוט" על-ידי תחיקת הביטחון, אשר הקימה ערכאות שיפוט נפרדות להן סמכויות לדון בענייני ירושה. תכליתה של חקיקה זו ברורה - היא נועדה למנוע היזקקותם של ישראלים למערכת השיפוט המקומית. דא עקא, המערכת האלטרנטיבית שנוצרה, המורכבת מבתי הדין הרבניים ומבתי המשפט לעניינים מקומיים בהתיישבות, אינה "שוות ערך" למערכת המקומית, בשל מגבלות הסמכות עליהן עמדנו לעיל.

ג. הצו בדבר עזרה משפטית ובעיית ההכרה בפסקי דין ישראלים באזור

1. כללי

השאלה הנוספת, עליה יש ליתן את הדעת במסגרת דיוננו, היא כלום ניתן למצוא פתח נוסף ב"חומה" המקיפה את ענייני הירושה באזור, פתח שדרכו ייקלטו באזור באורח ישיר צווי ירושה וצווי קיום צוואה שניתנו בישראל³⁷. על האפשרות העקרונית של קיום דרך הקליטה הישירה כאמור מצביע, לכאורה, אופייה הכללי של מערכת היחסים המשפטיים בין ישראל ובין האזור, השונה באופן מהותי ממערכת הקשרים הרגילה בין שתי שיטות משפט זרות, עד שקשה לראות את האזור כ"חוץ-לארץ" ביחס לישראל, ולהיפך³⁸. אבן היסוד המשפטית, עליה מושתתת מערכת היחסים המיוחדת כאמור, היא צו בדבר עזרה

לפי חוק בתי המשפט. עם זאת, נראה כי הגיונו של הסעיף 136 לחוק הירושה מחייב לראותו כהסדר כולל של הסמכות הבינלאומית של ישראל בענייני ירושה, לרבות סמכות הרשמים. הואיל והסמכות לפי סעיף זה הינה בבחינת "היפוכה" של סמכות בית המשפט לעניינים מקומיים באזור, אין להרחיב את האחרונה - על דרך פרשנות מלאכותית - על המקרים בהם הסמכות היא בידי הרשם בישראל.

³⁷ על הצורך בקליטה כתנאי למתן נפקות לפסק הזר ראה: ס' וסרשטיין פסברג "על סופיות בפסקים זרים" משפטים יח (תשמ"ח) 35, 52; ע"א 490/88 המוטראן הקופטי של הכסא הקדוש של ירושלים והמזרח הקרוב נ' עדילה, פ"ד מד(4) 397, 404. "...פסק חוץ אינו אופרטיבי אצלנו מכוחו שלו. נפקותו אינה אוטומאטית או מובנת מאליה. הוא זקוק ליאשרת כניסה, והכללים של הדין המקומי הם גם הקובעים את שעור נפקותו" (המשנה לנשיא מ' בן-פורת בע"א 499/79 בן דיין נ' אי.די.אס. אינטרנשיונל בע"מ, פ"ד לח(2) 99, 103).

³⁸ ראה, למשל, דברי השופט גולדברג בפרשת עדילה, שם, בעמ' 410.

משפטית (יהודה והשומרון) (מס' 348), תשל"ט-1969 (להלן - צו מס' 348)³⁸. בסעיף 4 לצו, שכותרתו "הוצאה לפועל של פסק שניתן בישראל", נאמר בזו הלשון:

"(א) פסק שניתן בישראל ועליו אישור בית המשפט - אפשר להוציאו לפועל באזור בכפוף לאמור בצו זה ובשינויים המחוייבים לפי העניין.

(ב) המבקש להוציא לפועל באזור פסק שניתן בישראל, יגיש למשרד ההוצאה לפועל באזור בקשה לכך ויצרף אליה העתק מאושר של פסק ותרגומו לערבית.

... (ג)

(ד) לשכת ההוצאה לפועל שקיבלה בקשה להוציא לפועל פסק כאמור בסעיף קטן (ב) תוציאנו לפועל או תעבירנו לשם הוצאה לפועל אל משרד הוצאה לפועל אחר שבאזור, אם יש בכך כדי להקל על הליכי ההוצאה לפועל".

"פסק" מוגדר בסעיף 1 לצו כ"פסק דין סופי, צו או החלטה שניתנו בענין אזרחי על ידי בית משפט בישראל או על ידי ערכאה שיפוטית של האזור...". הגדרת "בית משפט" שבאותו סעיף כוללת "בית משפט בישראל שהוא בן-סמך לשפוט על-פי הדין החל בישראל והוסמך על פי הדין האמור להמציא מסמכים לאזור, לרבות לשכת הוצאה לפועל בישראל, נוטריון ציבורי ורשם בית משפט בישראל".

על-פי סעיף 4א לצו מס' 348 (אשר נוסף בתיקון משנת תשל"ח), הוקמו משרדים מיוחדים להוצאה לפועל שתפקידם לבצע פסקים ישראלים כמפורט לעיל. בשנת 1997 שונה הסדר זה, במסגרת תיקון מס' 13 לצו³⁸. התיקון הוסיף לצו סעיף 4ב, בו נקבע כי "ראש ההוצאה לפועל בישראל, מוציא לפועל בישראל וכל מי שהוקנו לו סמכויות מכח חיקוק בישראל שעניינו הוצאה לפועל, מוסמך להפעיל את סמכויותיו מכח חיקוק כאמור גם באזור נגד חייב ישראלי או רכושו לשם ביצוע פסק דין או שטר כמשמעותם בישראל". התיקון אף ביטל את סמכותם של משרדי ההוצאה לפועל המיוחדים במקרים בהם חל סעיף 4ב הנ"ל³⁹.

משמעות הדברים הינה שפסקי הדין (והחלטות שיפוטיות אחרות) מישראל מבוצעים באזור **במישרין**, מבלי להיזקק ל"צינור הקליטה" הרגיל של פסקים זרים, הוא הוא ההליך

³⁸ קמצי"מ מס' 19, עמ' 694 (תשל"א). לנוסח מעודכן עד שנת 1997 ראה: **החקיקה ביהודה ושומרון (לעיל)**, הערה 30, בעמ' 92, 430.
³⁸ קמצי"מ מס' 172, עמ' 2220 (תשנ"ז).
³⁹ ראה סעיף 4א(2) לנוסח המתוקן.

השיפוט של אכיפת פסקי חוץ⁴⁰. למעשה, פוטר הצו מס' 348 את הפסקים הכלולים בגדרו מן הצורך בדרך קליטה מיוחדת כלשהי. על-פי ההסדר שבצו, קליטתו של פסק ישראלי באזור היא אוטומטית ממועד נתינתו⁴¹.

2. הבחנה בין אכיפה והכרה והשלכותיה

האם הוראות הצו מס' 348 (ושל החקיקה הישראלית המקבילה) יש בהן כדי להביא ל"מחיקתו" של ה"חיץ המשפטי" המפריד בין ישראל ובין האזור. אכן, יש הסוברים כך⁴². אולם נדמה כי הצגת המצב המשפטי ברוח זו לוקה בפשטנות יתר. מעיון בצו מס' 348 עולה כי אין הוא יוצר הסדר כולל בסוגיית מתן נפקות לפסקים ישראליים באזור, אלא הסדר חלקי בלבד. הצו דן בנושא **אכיפתו של פסק ישראלי** (במובן של הוצאתו לפועל)⁴³, אך לא בשאלת **ההכרה בו**⁴⁴. כאן חשוב להזכיר את המיון המקובל של פסקי

⁴⁰ הליך זה מוסדר באזור בחוק ביצוע פסקים זרים הירדני (**לעיל**, הערה 5), ובישראל בחוק אכיפת פסקי-חוץ, תשי"ח-1958 (להלן - חוק האכיפה) - ראה עליו כללית: ע' שפירא "הכרה ואכיפה של פסקי-חוץ (חלק ראשון)" **עיוני משפט** ד (תשל"ה-ל"ו) 509; חלק שני, **עיוני משפט** ה (תשל"ו-ל"ז) 38. כן ראה: P. Lerner "Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Israel" *Essays on European Law and Israel* (Jerusalem, A.M. Rabello ed., 1996) 801. ראה גם **להלן**, הערה 44.

⁴¹ צו מס' 348 דן בביצועם באזור יהודה ושומרון של פסקים שניתנו בישראל. במישור ההפוך (ביצוע בישראל של פסקי דין מן האזור) קיים הסדר מקביל - אך לא זהה - בצו-שעת-חירום (יהודה ושומרון וחבל עזה - עזרה משפטית) (מס' 2), תשל"ו-1976, אשר הוצא מכוח תקנה 7 לתקש"ח. על הצו ראה וסרשטיין פסברג, **לעיל** הערה 21, בעמ' 54-57. צו זה איבד מחשיבותו לאחר הקמת הרשות הפלסטינית, שכן אין הוא חל על ביצוע פסקי דין של הערכאות המשפטיות הפועלות בתחומה (**שם**, בעמ' 58). סוגיית ביצוע פסקי הדין האמורים הוסדרה לאחרונה בצו שעת חירום (יהודה ושומרון וחבל עזה - שיפוט בעבירות ועזרה משפטית) (שטחי המועצה הפלסטינית - עזרה משפטית בעניינים אזרחיים), התשנ"ט-1999, שהוצא על-ידי שר המשפטים בהתאם לתקנה 16 לתקש"ח.

⁴² יצוין גם, כי באזור חבל עזה חל צו בדבר עזרה משפטית (אזור חבל עזה) (מס' 318), תשל"ל-1969, שהוראותיו זהות לאלה של הצו מס' 348, החל ביהודה ושומרון. "A network of provisions both in Israeli and in military enactments all but erase the pre-1967 borders with regard to recognition and enforcement in one area of court decisions rendered in the other area" (Benvenisti), **לעיל** הערה 20, בעמ' 31-32.

⁴³ "התוצאה היחידה של הכרזת פסק-חוץ כאכיף היא [על-פי חוק האכיפה הישראלי - א' ב'], שדינו **לעניין ההוצאה-לפועל** כדין פסק שניתן כדין בישראל... מסתבר איפוא שהצורך באכיפה הוא אך ורק לעניין ביצועו של פסק, הדומה בקשת אכיפה למעין בקשה לתן סעד הצהרתי שיכיר בפסק-דין-חוץ כפסק-דין **שניתן להוצאה-לפועל** במדינת ישראל" (ע"א 665/72 **חאן (כריסטופילקו) נ' שויבל**, פ"ד כז(1) 690, 693; ההדגשות שלי - א' ב'). ראה גם **להלן**, הערה 44.

⁴⁴ על הבחנה בין אכיפה (enforcement) ובין הכרה (recognition) - וכן בין הכרה ישירה ועקיפה - עמד שפירא במאמרו (חלק ראשון), **לעיל** הערה 40, בעמ' 511-512.

דין לפסקים אישיים (פסקי גברא), פסקים קנייניים (פסקי חפצא) - המתחלקים אף הם לפסקי חפצא במלוא מובן המילה ולפסקים "מעין-חפציים" - ופסקי סטטוס. לסיווגו של הפסק הזר כאמור השלכות ישירות על עצם האפשרות ועל דרך מימושו⁴⁵. הליך הוצאת

"בית-משפט מכיר בפסק-חוץ כאשר הוא מתייחס אל הפסק - למטרה כלשהי - כקיים ובר תוקף, היינו, כאשר הוא מתייחס לפסק - לצורך איזשהו - נפקות. הכרה יכול שתוענק לפסק-חוץ אגב אורחא (במסגרת דיון שיפוטי שאינו סובב סביב הפסק דווקא) ויכול שתהיה ראשונית וישירה (על ידי מתן פסק-דין הצהרתי, המאשר את קיומו ותוקפו של פסק-החוץ). בית-משפט **אוכף** פסק-חוץ כאשר הוא מאפשר את ביצועו של הפסק, היינו, מספק לנושה אמצעים להוצאתו של הפסק לפועל. אכיפה, במשמעותו הרחבה של המושג, יכול שתבצע באמצעות תביעה רגילה, כשפסק-החוץ עצמו משמש עילת תביעה, או באמצעות הליך מיוחד, שהוא לעתים קרובות מקוצר ומפושט, המיועד 'לאשרר' או 'לרשום' את הפסק הזר, קרי: להכשירו להוצאה-לפועל מקומית. אכיפה של פסק-חוץ טומנת בחובה הכרה בו, אך לא כל הכרה גוררת עמה אכיפתו של הפסק. כלומר, בית-משפט מכיר, במובלע אך בהכרח, בכל פסק-חוץ שהוא אוכף, אבל אין הוא אוכף בהכרח כל פסק שהוא מוכן להכיר בו. לא זו אף זו. כפי שיתברר להלן, יש סוגי פסקים שמעצם טיבם אינם ניתנים לאכיפה, קרי: להוצאה לפועל [ראה על כך **להלן**, הערה 45 - א' ב']. בקשה לאכיפה היא תמיד נשק התקפה: הנושה שבפסק-הדין מבקש לממשו במדינת הפורום האוכף. לעומת זאת, בקשה להכרה עשויה לשמש, בידי בעל-דין שהתביעה נגדו בחו"ל נדחתה, אמצעי מגן למניעת תביעה חדשה נגדו בעתיד או להדיפת תביעה כזו שכבר הוגשה" (ההדגשות במקור - א' ב').

על אכיפה והכרה ראה עוד: A.V. Dicey and J.H.C. Morris *The Conflict of Laws*: Lerner; (London, 12th ed. by L. Collins, 1993) 453-455 בעמ' 807-806. להבחנה בין אכיפה (exécution) לבין מתן הכרה (autorité) לפסק זר במשפט הצרפתי ראה: P. Mayer *Droit international privé* (Paris, 5e éd., 1994) 267-269.⁴⁵ להגדרת הסוגים השונים של פסקים ולהשפעת הסיווג על דרכי מימושם של פסקים זרים יפים דבריו של שפירא, **שם**, בעמ' 512-513:

"פסקי-חוץ, כמו פסקים מקומיים, אינם עשויים מעור אחד. המיון המקובל של פסקי-דין - לפסקים אישיים, פסקים קנייניים ופסקי סטטוס - יש לו השלכות על עצם האפשרות להכרתם או לאכיפתם ועל התנאים לכך:

א) **פסקים אישיים** (in personam). פסק אישי הוא פסק המטיל חיוב לעשות מעשה (להחזיר חוב, לשלם פיצויים, למסור חפץ וכיוצא באלה) או להמנע מעשייתו. פסק אישי מחייב, במובן של יצירת מעשה-בית-דין, את הצדדים לו בלבד. הוא ניתן, מעצם טבעו, להוצאה-לפועל, קרי: לאכיפה.

ב) **פסקים קנייניים**. פסק קנייני הוא פסק המצהיר או הקובע (יוצר, משנה או מבטל) זכויות קניין בנכס דניידי או דלא-ניידי. פסק כזה אינו מטיל כל חיוב אישי ולכן אינו ניתן להוצאה-לפועל. פסק קנייני, שהוא in rem במלוא מובן המילה, מחייב את הכל ולא רק את הצדדים לו. הקביעה הקניינית הטבועה בו כוחה יפה לגבי כל העולם. לדוגמא: פסק של בית-משפט לאדמירליות, לפיו נמכרת אניה לשם מימוש שעבוד ימי שהוטל עליה, מקנה לרוכש זכות קניין

צו ירושה או צו-קיום-צוואה הינו הליך מעין-חפצי מובהק⁴⁶, וכמוהו גם הליך שמטרתו להצהיר על זכאות להירשם כבעלים של קרקע (או להורות על ביצוע הרישום), למשל, מכוח חוזה מכר⁴⁷. פסקים אלה, מטבעם, אינם ניתנים להוצאה לפועל (שכן אין הם דורשים ביצוע כל פעולה באמצעות לשכת ההוצאה לפועל)⁴⁸, ויכולים לשמש נושא

ממורקת, מוחלטת וסופית, שאינה ניתנת לערעור על ידי צד שלישי כלשהו.

פסק קנייני שאין כוחו יפה כלפי כל העולם, אלא רק לגבי צדדים מסויימים, ניתן להגדירו כפסק *quasi in rem*. אף הוא אינו מטיל כל חיוב אישי ולכן איננו בר-אכיפה. לדוגמה: צו ירושה המכריז על ראובן ושמעון בתור יורשים ועל קניינם, כיורשים, בנכס מסויים; פסק חלוקת מקרקעין הקוצב את זכויות הבעלות הנפרדת של לוי ויהודה בנכס, שהיה בבעלותם המשותפת; פסק הצהרתי, בתביעה בין דן וגד, המצהיר על דן בתור הבעלים של נכס - כל אלה הם פסקים *quasi in rem*.

ג) **פסקי סטטוס**. פסק סטטוס הוא פסק המצהיר או הקובע (יוצר, משנה או מבטל) את מעמדו האישי של אדם. לדוגמה: פסק גרושין או פסק איון נישואין. בדומה לפסק קנייני, גם פסק סטטוס איננו ניתן להוצאה-לפועל משום שאינו מטיל חיוב אישי. כמו פסק קנייני *in rem*, יפה תוקפו של פסק סטטוס כלפי הכל ואין הוא מחייב את הצדדים לו בלבד.

מהניתוח דלעיל מסתבר, כי רק פסקים אישיים ניתנים לאכיפה בעוד שכל סוגי פסקי-הדין עשויים לשמש נושא להכרה. ייתכנו גם פסקים מעורבים, שרק בחלקם הם בני-אכיפה. לדוגמה, פסק-דין ובו קביעת *quasi in rem* על בעלות בנכס (קביעה שאינה יוצרת כל חיוב אישי והניתנת, לכן, להכרה בלבד) וכן פסיקת פיצוי כספי על שימוש שלא כדין בנכס (פסיקה שיש בה משום הטלת חיוב אישי בר-אכיפה) (ההדגשות הינן במקור - א' ב').

נציין מיד, כי סוגיית ההכרה בפסקי סטטוס חורגת ממסגרת דיונונו.⁴⁶ שם, בעמ' 512. כן ראה: שאקי, **לעיל** הערה 9, בעמ' 66.

⁴⁷ ראה על כך (ועל פסקים *quasi in rem* באופן כללי): *Restatement, Second, Conflict of Laws* § 55, p. 191. כן ראה: ע"א 340/94 **חברת חלקה 41 בגוש 6415 נ' בסן**, פ"ד נ(1) 636, 647-648, והאסמכתאות המובאות שם. הליך מעין-חפצי הינו, למעשה, "ייצור כלאיים", הכולל אלמנטים אישיים וחפציים: "A proceeding quasi in rem has been defined as one against a person in respect of property, as distinguished from one against property or a person only" (A.C. Freeman *A Treatise of the Law of Judgments* (San Francisco, 5th ed. by E.W. Tuttle, 1925) 3124). יצוין כי הליכי חפצא מובהקים הינם נדירים למדי (הדוגמה היחידה, למעשה, להליך מסוג זה בתחום דיני מקרקעין הוא ההסדר; ראה ע"א 143/51 **ראש העיר רמת-גן נ' חברת פרדס ינאי בע"מ**, פ"ד י' 1804, 1815), ולפיכך, אין להם חשיבות מעשית בענייננו. בהמשך נוכל אפוא לצמצם את דיונונו לפסקים מעין-חפציים בלבד, וגם אם נשתמש במטבע לשון "פסק-חפצא" או "פסק קנייני" תהיה כוונתנו לפסק *quasi in rem*.

⁴⁸ הדרך לרישום של צווי ירושה במרשם המקרקעין באזור מותווית בסעיף 25 לפקודת הירושה, 1923 (אשר עודנה בתוקף באזור - ראה Behrens, **לעיל** הערה 22, בעמ' 89), וכן בסעיף 13 לחוק עזבונות הזרים. מהוראות אלה עולה כי רישום ירושה נעשה על דרך **פנייה ישירה** ללשכת רישום המקרקעין, ללא הזדקקות כלשהי להליכי ההוצאה לפועל. השווה בישראל: סימן ב' לתקנות המקרקעין (ניהול ורישום), תש"ל1969- (להלן - תקנות

להכרה בלבד⁴⁹. הם מופנים, למעשה, לרשם המקרקעין, אשר מתבקש לרושםם בספרי הרישום. ההכרה (הישירה) בפסקים quasi in rem, הנוגעים לזכויות במקרקעין, נדרשת על מנת שהרשם יפעיל את סמכותו על-פי דין וירשום את הזכויות במרשם.

מהיות פסקי דין חפציים ומעין-חפציים בכלל, וצווי ירושה בפרט, בגדר פסקים הניתנים אך ורק להכרה, ולא לאכיפה, ומהיות צו מס' 348 מתייחס להוצאה לפועל של פסקים בלבד⁵⁰, יוצא כי אין הצו יכול לשמש בסיס משפטי לקליטתם באזור של פסקי דין

המקרקעין). כך גם פסקי דין המצהירים על זכויות במקרקעין. פסק-דין מסוג זה, בדומה לצו ירושה, הינו בר-רישום **משל עצמו**, ויש להגישו במישרין ללשכת הרישום. ראה: תקנות 31-33 לתקנות המקרקעין; א' איזנשטיין **יסודות והלכות בדיני מקרקעין** (כרך א, מהדורה שנייה, תשנ"ה) 49-54. פסק-דין הצהרתי ניתן לרישום אפילו באין הוראה מפורשת בעניין זה מאת בית המשפט (ע"א 811/75 **עזבון שריידי נ' מנסור**, פ"ד לא(2) 659, 665). לדין שקדם לתקנות המקרקעין ראה: מ' דביר **רישום קרקעות בישראל - הלכות ונוהל** (תשי"ז) 55.

יצוין כי סעיף 7 לחוק ההוצאה לפועל מס' 31 לשנת 1952 הירדני, שכותרתו "פסקי דין הניתנים לביצוע" קובע כי "צו שאינו כולל החלטה במסירת דבר מסויים או בעשיית פעולה מסויימת או הקובע אי עשייתו, לא יהא בר ביצוע" (נוסחו המתורגם של החוק מופיע ב-: **לקט של חוקים ירדניים**, קובץ י"א (הוצאת מפקדת פצ"ר, תשל"ז)).

עוד יצוין, לשם השוואה, כי במשפט הגרמני אכן מופיעות הוראות הקשורות לרישום מקרקעין מכוח החלטה שיפוטית - כאשר החלטה זו באה כתחליף ל"הבעת רצון" (Willenserklärung) של מי מהצדדים, הדרושה להעברת הקרקע (Auflassung), בדומה לפועלו של פסק הצהרתי בשיטה הישראלית - באותו פרק של חוק סדר הדין האזרחי (ה-ZPO), הדן בהוצאה לפועל. ראה: E Stein und M. Jonas *Kommentar zur Zivilprozessordnung* (Tübingen, 21. Aufl. v. R. Bork u. a., 1993-1996) §§ 894, 895. אולם, למעשה, נעשות פעולות אלה כולן בהתאם לדינים המסדירים את ניהול מרשם המקרקעין (ראה **שם**, § 894, בעמ' 205; § 895, בעמ' 209-210). למעשה, כפי שמדגישים הפרשנים, כלל אין מדובר בעניינים אלה בהוצאה לפועל במובנו המקובל של מושג זה ("הוצאה לפועל במובן הצר" - Vollstreckung im engeren Sinn), אלא בהוצאה לפועל "במובן הרחב" (im weiteren Sinn), שמשמעותה אינה אלא "יכולת מימושו" של הפסק באופן כללי (Vollstreckungswirkung). ראה **שם**, § 704, בעמ' 25-26; § 894, בעמ' 195; § 895, בעמ' 208.

⁴⁹ "ההכרה הישירה היא 'דרך המלך' במתן נפקות לפסקי-חוץ קניינים ולפסקי-סטאטוס - פסקים שאינם מטילים חיוב אישי ואינם, לכן, ניתנים לאכיפה כלשהיא" (ש' מנהיים "הכרה ישירה בפסקי-חוץ מכוח החוק" **עיוני משפט ז** (תשל"ט-תש"מ) 703, 704).

⁵⁰ ודוק: הפסיקה הישראלית הכירה באפשרות של עשיית פעולות באזור מכוח החלטה שיפוטית ישראלית שלא באמצעות הליכי ההוצאה לפועל. בע"א 179/77 **בנק לאומי לישראל בע"מ נ' הירשברג**, פ"ד לב(1) 617, 621, נקבע כי בית-משפט בישראל מוסמך להטיל עיקול על חשבון בנק המתנהל באזור על דרך משלוח הודעה לבנק וללא היוזקות למשרדי ההוצאה לפועל. זאת מכוח סעיף 2 לצו מס' 348, לפיו "מסמך שהוצא על ידי בית משפט יומצא באזור בדרך הקבועה בתקנות סדר הדין האזרחי החלות על בית המשפט", כאשר הגדרת "מסמך" בסעיף 1 לצו כוללת "כתב בית דין, לרבות הזמנת עד או מסמך אחר שהוציא בית המשפט בישראל או ערכאה שיפוטית באזור" (להוראות מקבילות בדין הישראלי ראה תקנות סדרי-דין (המצאת מסמכים לשטחים המוחזקים), תשל"ל-1969). הצו אינו מגדיר "כתב בית דין" מהו, אך בתקנה 1 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 (להלן - תקנות סד"א), אליהן מפנות ההוראות הנ"ל בעניין דרכי ההמצאה, מוגדר "כתב בי-דין" כ"כל מסמך שניתן למוסרו או להמציאו לפי תקנות אלה, לרבות החלטה, פסיקתה,

ישראליים בענייני ירושה, ואף לא של סוגים אחרים של פסקים quasi in rem. במצב זה, ובהעדר הסדר של הכרה ישירה בחוק ביצוע פסקים זרים הירדני (שתחולתו מוגבלת, כזכור, לאכיפת פסקי גברא)⁵¹, המסקנה המתבקשת היא שעל-פי הדין החל ביהודה ושומרון אין כלל אפשרות ליתן נפקות לצו ירושה או לצו-קיום-צוואה שמקורם מחוץ לאזור, ובכלל זה לצו של בית-משפט ישראלי⁵². משמעות הדברים הינה ששומה על כל אדם, המבקש לממש זכויות מכוח ירושה לגבי נכסי העיזבון המצויים באזור, לפתוח באזור הליך ירושה מקורי. לתוצאה דומה הגיע לאחרונה בית המשפט העליון הישראלי בפסק דין **אגם**⁵³. באותו עניין נתבקשה אכיפה בישראל, על-פי חוק האכיפה, של צו ירושה שניתן במדינת נבדה שבארצות-הברית. בפסק דינו עמד השופט גולדברג על ההבדל היסודי בין אכיפה והכרה וקבע כי ההכרה הישירה היא הדרך המתאימה לקליטת צו הירושה הזר, בעוד שדרך האכיפה אינה יפה לו⁵⁴. ברם, הואיל ואחד התנאים להכרה ישירה בפסק זר בישראל הוא קיומו של הסכם עם מדינת החוץ בה ניתן הפסק (מכוח

הודעה, דרישה והזמנת בעל דין או עד". לאור ההגדרות הללו, כלום יש בהלכת **הירשברג** כדי לשמש בסיס להכרה ישירה באזור בפסק-דין ישראלי (אשר, בדומה לצו עיקול, "מומצא" לרשם)? אנו סבורים כי התשובה שלילית, וזאת משלוש סיבות. ראשית, תכלית הוראת סעיף 2 לצו מס' 348 היא, כאמור, אך להסדיר את דרכי ההמצאה הטכניות, הא ותו לא. שנית, כפי שמצוין השופט זוסמן בפרשת **הירשברג, שם**, הטלת עיקול - לרבות עיקול זמני - היא בבחינת מעשה הוצאה-לפועל. ההליך ששימש רקע לפסק-דין **הירשברג** היה הליך אישי מובהק (תביעה כספית רגילה), נעדר כל סממן קנייני, כך ששאלת מעמדו של פסק-חפצא ישראלי באזור כלל לא התעוררה בו. שלישית, ואולי החשוב מכול, ספק אם ניתן לכלול בגדר "המצאה" גם **ביצוע רישום במרשם המתנהל על-פי דין**, כגון ספרי המקרקעין, שהרי ההמצאה (קרי - העברת המסמך) אין בה כשלעצמה כדי לשמש תחליף לרישום הסטטוטורי, הכפוף למשטר משפטי מיוחד, שלא ניתן לעוקפו (ראה פסק דינו של השופט פינקלמן בע"א (י-ם) 56/83 **נאזי נ' הממונה על המרשם** (לא פורסם), והשווה: ע"א 128/71 **אל הוארי נ' עזבון אלחוסין**, פ"ד כו(1) 477, 479). זאת בשונה מרישום עיקול, לא כל שכן רישום בספרי הבנק, אשר נדון בפרשת **הירשברג**. רישום כזה מהווה פעולה טכנית וחסרת ערך משפטי עצמאי, בעוד שהעיקול מוטל עם עצם המצאת הצו (על מעמד העיקול ראה לאחרונה: ע"א 189/95 **בנק אוצר החייל בע"מ נ' אהרונוב** (טרם פורסם)). יש לזכור גם כי ההמצאה מבוצעת על-ידי בית המשפט עצמו, ואילו רישום פסק בספרי מקרקעין נעשה בדרך כלל על-פי בקשת מעוניין (כך תמיד בענייני ירושה: ראה ע"א 643/70 **בידרמן נ' הממונה על מרשם המקרקעין**, פ"ד כה(2) 201, 204).

לסעיף 2 לצו מס' 348 כמקור סמכותו של בית-משפט ישראלי לדון בתביעות הקשורות במקרקעין המצויים באזור ראה **להלן**, הערה 71 והטקסט הסמוך לה. למעמדו של עיקול המוטל על קרקע באזור על-ידי בית-משפט ישראלי, מנקודת מבטה של מערכת השיפוט של הרשות הפלסטינית ראה פסק-דין **עבד אללה (לעיל)** הערה 28 ו**להלן**, הערה 81.

⁵¹ ראה **לעיל**, הערות 25-29, והטקסט הסמוך להן. הסדר זה כפוף לאפשרות הכרה בפסקי דין זרים שאינם פסקים אישיים, אשר מקורם במדינות עמן כרתה ירדן אמנה בנושא (ראה Behrens, **לעיל** הערה 22, בעמ' 33-37).

⁵² על הנחתם המוטעית של השופטים זילברג וויתקון בעניין **חאנזאליס (לעיל)**, הערה 11, לפיה הדין הירדני מאפשר הכרה בצו ירושה שניתן על-ידי בית-משפט ישראלי ראה **לעיל**, הערה 26 והטקסט הסמוך לה. יצוין כי השופטים, **שם**, משתמשים במילים "ביצוע" ו"אכיפה" בהקשר של מימוש צו הירושה הישראלי באזור. שימוש זה מעיד לכאורה על אי-הבחנה בין "הכרה" ו"אכיפה".

⁵³ ע"א 970/93 **היועץ המשפטי לממשלה נ' אגם**, פ"ד מט(1) 561.

⁵⁴ **שם**, בעמ' 565-567.

סעיף 11(א)(1) לחוק האכיפה), ותנאי זה לא נתקיים במקרה נשוא הדין⁵⁵. התוצאה המעשית היא שפסק זר בענייני ירושה לעולם לא ייקלט בישראל, והמסלול הבלעדי העומד בפני המעוניין לזכות בנכסי העיזבון שמקומם בישראל הוא זה המתווה בחוק הירושה⁵⁶.

נמצא לנו אפוא, כי הן באזור והן בישראל מוגבלים הסדרי קליטה של פסקי-חוק, הלכה למעשה, לאכיפתם של פסקים הניתנים להוצאה לפועל. הסדרים אלה אינם מאפשרים הכרה בפסקים בעלי אופי מעין-חפצי⁵⁷, ובכלל זה בצווי ירושה זרים. בענייני ירושה,

⁵⁵ שם, בעמ' 567-568. יצוין כי בפועל כרתה מדינת ישראל הסכמים, המאפשרים הכרה בפסקי-חוק בישראל עם מדינות ספורות בלבד (אנגליה, גרמניה, אוסטריה וספרד). רק האמנה עם גרמניה משנת 1977 זכתה לעיגון בדבר חקיקה: ראה תקנות אכיפת פסקי חוק (אמנה עם הרפובליקה הפדרלית של גרמניה), התשמ"א-1981 (האמנה המצויה בתוספת לתקנות). לפי סעיף 3 לאמנה, "החלטותיהם של בתי-המשפט במדינה האחת שניתנו בתביעות של בעלי דין בעניינים אזרחיים או מסחריים... יוכרו במדינה האחרת". ואולם, סעיף 1(2)(1) לאמנה מוציא מתחולתה במפורש "החלטות בתחום דיני הירושה" (ראה גם: *Staudingers Kommentar*, לעיל הערה 17, בעמ' 338). כך גם האמנות עם המדינות האחרות. "הנושאים שבהם יש חשיבות להכרה הצהרתית בפסק דין - מעמד אישי, פשיטת רגל, ירושה - מוצאים מפורשות מתחולתן של אמנות אלה. על כן, תלייתן של הכרה ישירה בקיומה של אמנה, והעובדה שהאמנות המועטות שישראל צד להן מטפלות בפסקי דין בהן [צ"ל 'בהם' - א' ב'] אין צורך רב בהכרה ישירה, שוללות למעשה את האפשרות שתינתן הכרה מקום שהדבר דרוש, ומגבילה ביותר את תועלתו של הסעיף [11(א) לחוק האכיפה, הדין בהכרה ישירה - א' ב']. לא פלא, איפוא, כי סעיף 11(א) מעולם לא זכה לדיון שיפוטי ענייני" (וסרשטיין פסברג, לעיל הערה 21, בעמ' 52). לביקורת על דרישת קיום הסכם עם מדינת החוק כתנאי להכרה על-פי חוק האכיפה, ועל הפגמים האחרים שבהסדר ההכרה בחוק ראה גם מאמרו של מנהיים, לעיל הערה 49, בעמ' 704 ואילך.

⁵⁶ פרשת אגם, שם, בעמ' 569. למסקנה דומה הגיעה הפסיקה המחוזית - ראה: ת"א (ת"א) 1135/94 דגון נ' האפוטרופוס הכללי, פ"מ תשמ"ה(א) 284, 285; ת"א (ת"א) 1135/94 פרקינס נ' האפוטרופוס הכללי, דינים מחוזי כו(2) 755. לרציונלים של גישה זו ראה להלן, הערה 217, והטקסט הסמוך לה.

⁵⁷ לכאורה, סותרת גישתנו את עמדת בתי המשפט המחוזיים בישראל בשורת פסקי דין: המי (י-ם) 438/83 לוי נ' ברוך, פ"מ תשמ"ד(ג) 45; ה"פ (ת"א) 1047/85 אגודת מדרשת א"י (קדומים) אלון-מורה נ' עקאווי (לא פורסם); המי (י-ם) 2967/87 חיג'אלה נ' חברת י"ש בע"מ (בפרוק) (לא פורסם) - החלטות אלה אומצו על-ידי בית המשפט העליון בפסק הדין בעניין עדילה (לעיל, הערה 37, בעמ' 403); ה"פ (ת"א) 1048/85 הקרן לגאולת קרקע שליד מדרשת א"י קדומים נ' מלחם (לא פורסם). השאלה המרכזית שנדונה בפסיקה זו נגעה לסמכות בית-משפט בישראל לדון במקרקעין המצויים בשטחים המחוזקים (ראה על כך גם להלן, הערות 102, 167-201 והטקסט הסמוך להן). אגב הדיון בשאלת הסמכות נאמר כי "...פסק דין שיצא מבית משפט ישראלי יכובד בשטחים המחוזקים וזאת מכוח צו מס' 348... אין הבחנה לענין זה, בין מקרקעין ובין שאר עניינים אזרחיים ולכן תהיה האפקטיביות לפסק דין שניתן בערכאה ישראלית כאשר נושא הוא מקרקעין המצויים בשטחים המחוזקים" (הנשיא וייס בפסק-דין לוי, שם, בעמ' 54; על דברים אלה חוזרים פסקי הדין המאוחרים יותר). הסעד שנתבקש באותם מקרים היה מעין-חפצי: הצהרה על קיום זכות במקרקעין מכוח מוכר. בתי המשפט לא הביאו כל אסמכתא או הסבר מדוע "יכובד" הפסק הישראלי באזור (ומהי משמעותו המשפטית המדויקת של ביטוי זה), מלבד ההפניה לצו מס' 348. דא עקא, כפי שראינו, בכל הקשור לקליטת פסקים quasi in rem, הצו אינו אלא משענת קנה רצוף. גישת בתי המשפט המחוזיים מתעלמת אפוא מהבחנת היסוד בין אכיפה להכרה. ראה גם להלן, הטקסט הסמוך להערה 68.

דורשות שתי השיטות נקיטת הליך מקומי. כפי שמציין השופט חשין בפסק דינו בפרשת **אגם**, תוצאה זו אינה בגדר פרי פרשנות "טכנית" או מלאכותית של הדין החל, אלא פועל יוצא הכרחי של ההבחנה היסודית בין מושגי ההכרה והאכיפה.⁵⁸

יש להדגיש, כי דברינו דלעיל עניינם הכרה ישירה בלבד - היא היא הדרך למימוש הפסק בענייננו. ייתכן כי המסקנה תהא שונה, כאשר ההכרה הנדרשת הינה אינצידנטלית, קרי: אגב דיון בעניין אחר.⁵⁹ כמקור להכרה זו עשויים לשמש כללי המשפט הבינלאומי הפרטי האנגלי,⁶⁰ אשר נקלטו ביהודה ושומרון בתקופת המנדט.⁶¹ להכרה אינצידנטלית כאמור

יצוין, כי בעניין **נאזי (לעיל)**, הערה 50, קבע בית המשפט המחוזי בירושלים כי אין לרשום קרקע הנמצאת במזרח העיר, בשטח שהוחל עליו הדין הישראלי בשנת 1967, מכוח פסק-דין של בית-משפט בבית-לחם, ובהסתמך על סעיף 3 לצו-שעת-חירום משנת 1976 (ראה **לעיל**, הערה 41), המסדיר, באופן דומה לצו מס' 348, ביצוע פסקים של ערכאות שיפוטיות של האזור בישראל. זאת אמנם בלי להתייחס במפורש להבחנה בין ביצוע (באמצעות ההוצאה לפועל) ובין הכרה. אולם בית המשפט מאמץ את הגיון ההבחנה האמורה בעקיפין, כאשר מבחין הוא בין "חלקו האישי" של פסק הדין מבית-לחם, הפועל **כלפי הצדדים לעיסקה** והניתן להוצאה לפועל, לבין "חלקו הקנייני" של הפסק, המופנה **אל רשם המקרקעין**, שלא ניתן להוציאו לפועל מכוח הצו. ראה גם **להלן**, הערה 113. לניצנים של גישה, הסוטה מגישתו של השופט וייס בעניין **לוי**, ראה **להלן**, הערה 201. ובלשונו של השופט חשין:

"ההבחנה בין אכיפה לבין הכרה אין היא מקרית ואין היא שרירותית. מקורה בשוני שבין דגם פסקי הדין הניתנים לאכיפה לבין דגם של פסקי דין שנועדו להכרת מישרין, וממילא בפועל השונה של אכיפה מזה והכרת מישרין מזה. אכן, כדברי חברי וכפי שנתקבל בהלכה ועל דעת החכמים, אכיפה עניינה - מעיקרה - בחיובים המוטלים על אדם כלפי רעהו (חיובים *in personam*), בעוד שהכרה אין עניינה כלל בהטלת חיובים והיא כשמה וכתוארה: מכירה היא בזכויות, ועשויה היא לכרוך זכויות קניין, ביניהן זכויות התופסות כלפי כל העולם - זכויות *erga omnes* - אם כי אין היא ממצה עצמה בזכויות מעין אלו. [...]

נמצא לנו אפוא, כי ההבחנה בין אכיפה לבין הכרה - בין פסקים המטילים חיוב אישי לבין פסקי הצהרה שאין בהם חיוב - אינה הבחנה טכנית... ההבחנה היא ממהותם של הליכים וזכויות. ענייננו שלנו הוא ב'הכרה', בה ולא באכיפה. ומשלא נמצא לנו הסכם בין ישראל לבין נבדה (ארצות-הברית) בנושא הכרה אהדדי, כדרישת סעיף 11(א) לחוק [האכיפה - א' ב'], ממילא דין הבקשה הוא דחייה" (פרשת **אגם**, **לעיל** הערה 53, בעמ' 571-572).

⁵⁹ בישראל מעוגנת סוגיית ההכרה האינצידנטלית בסעיף 11(ב) לחוק האכיפה, לפיו "אגב דיון בענין הנמצא בסמכותו ולצורך אותו ענין רשאי בית המשפט או בית דין בישראל להכיר בפסק-חוק... אם ראה שמן הדין והצדק לעשות כן". על האפשרות להכיר בישראל, לצורך השתק פלוגתא, בפסק-דין של בית-משפט מקומי באזור, ראה פרשת **עדילה**, **לעיל** הערה 37, בעמ' 404-406, 410-411. על הכרה אינצידנטלית בירדן בפסק-סטטוס זר ראה: Behrens, **לעיל** הערה 22, בעמ' 31, הי"ש 77.

⁶⁰ לכללי ההכרה במשפט המקובל ראה: Dicey & Morris, **לעיל** הערה 44, בעמ' 461-462, 466-468, 470.

⁶¹ על השימוש באזור בכללים שמקורם במשפט האנגלי ראה: Behrens, **לעיל** הערה 22, בעמ' 14.

עשויה להיות נפקות גם בענייני ירושה⁶². ואולם, בתחום ההכרה הישירה אין מקום להחיל כללים שמקורם מחוץ לצו מס' 348⁶³. מסקנה זו מתבקשת הן מלשון הצו עצמו, והן מהוראות החוקים הירדניים אותם הזכרנו לעיל (שהם, כאמור, אינם מותירים פתח להכרה בהחלטות שיפוטיות זרות (quasi in rem)).

ד. סיכום ביניים: הדין המצוי והרצוי - בעיות, תקלות ופתרון

את המצב המשפטי החל בסוגיה בה עסקינן - מעמד צווי ירושה וצווי קיום צוואה ישראליים ביהודה ושומרון - ניתן לסכם, בתמצית, כדלהלן:

ראשית, מנקודת מבטו של הדין הישראלי, בית-משפט בישראל יהא מוסמך לדון בכל עניין הקשור בירושתו של תושב ישראל או תושב-חוץ שהניח נכסים בישראל, מכוח סעיף 136 לחוק הירושה. סמכות זו אינה מוגבלת לנכסי המוריש המצויים בישראל.

שנית, **בדיני האזור**, ההסדר המשפטי המיוחד לענייני ירושה של מי שאינם אזרחים ירדניים (אשר קבוע בחוק עזבונות הזרים) מעניק סמכות ייחודית בעניינים אלה לבתי המשפט האזרחיים המקומיים (ובנסיבות מסוימות - גם לבתי הדין הדתיים). אין בהסדר זה אפשרות של קליטת צוים זרים בענייני ירושה במערכת המשפט המקומית. אפשרות כאמור אינה קיימת גם בחוק ביצוע פסקים זרים, שכן חוק זה מגביל תחולתו לאכיפת פסקי דין אישיים בלבד.

שלישית, **תחיקת הביטחון** קבעה בצו מס' 348 מסגרת מיוחדת לקליטת פסקים ישראלים

⁶² "לא למותר לציין, כי בידי המשיבה היה לתבוע את הבנק עצמו כי יעביר אליה את הכסף מכוח בעלותה בו (בשל היותה יורשת, לטענתה), **ואגב דיון בתביעה זו** הייתה מבקשת להכיר בפסק החוץ על-פי סעיף 11(ב) הנ"ל [לחוק האכיפה - א' ב']... (השופט גולדברג בפרשת **אגם**, לעיל הערה 53, בעמ' 569; ההדגשה במקור - א' ב'). ראה גם וסרשטיין פסברג, לעיל הערה 21, בעמ' 38, ה"ש 142.

⁶³ לגישה דומה ראה דבריה של פרופ' וסרשטיין-פסברג, בהקשר של אפשרות הכרה בישראל בהחלטות שיפוטיות של האזור, מכוח הצו הישראלי המקביל לצו מס' 348 (**לעיל**, הערה 41):

"הצו שמטפל בהוצאתם לפועל של פסקי דין מהשטחים המוחזקים אינו מזכיר כלל את סוגיית ההכרה בהם. לא ברור מה המשמעות של עובדה זו. האם הכרה היא בבחינת קל וחומר, ופסק דין הראוי להוצאה לפועל בישראל, ראוי גם להכרה בה? המשפט הישראלי אינו מבסס את ההנחה שכל פסק דין הראוי לאכיפה ראוי גם להכרה. תנאי ההכרה שבחוק שונים מאלה לאכיפה, וייתכן מצב שבו פסק דין יהיה ראוי לאכיפה אך לא יהיה ראוי להכרה. על כן, קשה להניח שדווקא ביחס לפסקי דין מהשטחים, הגישה תהיה שונה" (**שם**, בעמ' 57).

באזור, אשר פוטרת אותם פסקים מן הצורך לעבור את "כור ההיתוך" של הליך על-פי חוק ביצוע פסקים זרים. אולם מסגרת זו אינה בבחינת כלי שלם, אלא הסדר חלקי בלבד, המתייחס כל כולו אך לדרך קליטה אחת, היא היא דרך ההוצאה לפועל. הואיל וצווי ירושה, וכמוהם גם פסקים מעין-חפציים אחרים, אינם זקוקים - ואף אינם ניתנים - להוצאה לפועל, אין הצו מס' 348 רלבנטי לגביהם.

במצב שתוארו, מחייב מימוש זכויות ירושה של ישראלי באזור נקיטת הליך בפני ערכאה שיפוטית של האזור. המחוקק הצבאי הישראלי הקים מערכת שיפוטית נפרדת ממערכת בתי המשפט המקומיים של האזור, הפועלים על-פי הדין הירדני, אשר נועדה לדון בענייני השונים של האוכלוסייה הישראלית ביהודה ושומרון. הערכאה הראשונה היא בית-משפט לעניינים מקומיים, שמוסמך לדון, בין היתר, גם בענייני הירושה. דא עקא, כפי שראינו, נבצר מערכאה זו, משום הגדרת הסמכות השיורית שלה, למלא תפקיד בעל משמעות בתחום דיני הירושה⁶⁴. במצב זה הגוף השיפוט הישראלי היחיד באזור, המוסמך לדון בענייני ירושה, הוא בית-דין רבני. ברם, אין בתי הדין הרבניים באזור מסוגלים, מפאת מגבלות הסמכות האינהרנטיות להם, לספק "כיסוי" מלא לסוגיית ירושתם של ישראלים באזור. ראשית, מוגבלת הסמכות לירושתם של יהודים בלבד. ענייני ירושה של ישראלים שאינם יהודים, שלהם נכסים באזור, אינם נופלים בגדר סמכות זו. שנית, מותנית סמכותו של בית הדין בהסכמת כל הצדדים הנוגעים בדבר. משמע, שדי בהתנגדות אחד הצדדים, משיקוליו הוא, לשיפוט בית הדין יהא הוא משולל כוח ליתן את צו הירושה המבוקש.

מגרעותיה המרכזיות של השיטה המתוארת לעיל, הנובעות מהיותה "מעשה טלאים" חקיקתי, הן שתיים. ראשית, במישור האזור, בהיעדר ערכאה מוסמכת כלשהי, הפועלת מטעם ישראל, לה סמכות בענייני ירושה, לא נותרה בידי ישראלים לא-יהודים (בעיקר מוסלמים ונוצרים) ברירה אלא לפנות למערכת בתי המשפט המקומיים לשם מימוש זכויות הירושה שלהם. נדמה כי אין צורך להרבות מילים על אודות הקשיים האורבים לישראלים - לרבות מי שאינם יהודים - בבואם בפתחי בתי המשפט המקומיים באזור, לא כל שכן כאשר מדובר בעניינים הקשורים לקרקע (והרי, כפי שהבהרנו לעיל, בהקשר דנן הצורך בכך מתעורר לרוב כשהעזבוך כולל נכסי מקרקעין). קשיים אלה החמירו במיוחד עם פרוץ האינתיפאדה, ועוד יותר עם הקמת הרשות הפלסטינית והעברת כלל מערכת בתי המשפט המקומיים תחת אחריותה, לאחר חתימת הסכם הביניים⁶⁵. מנסחי הסכם הביניים

⁶⁴ ראה לעיל, הטקסט הסמוך להערה 35.

⁶⁵ הוראות הסכם הביניים נקלטו בדיני האזור באמצעות מנשר בדבר יישום הסכם הביניים (יהודה ושומרון) (מס' 7), תשנ"ו-1995 (קמצי"מ מס' 164, עמ' 1923 (תשנ"ו)). כל בתי המשפט המקומיים אשר פעלו באזור עובר לסכם הביניים, לרבות בתי-דין דתיים, נמצאים עתה בתחום השטחים בהם הועברו הסמכויות האזרחיות לרשות הפלסטינית (אזורים A ו-B).

היו ערים לבעייתיות זו. הפתרון שאומץ בנספח IV להסכם הביניים (הנספח המשפטי) שואף להפרדה בין מערכות השיפוט הישראלית והפלסטינית, תוך הגבלת סמכותה של האחרונה בכל הנוגע לצדדים ישראליים. לפי סעיף III(2) לנספח המשפטי, יהא בית-משפט פלסטיני מוסמך לדון בעניינו של ישראלי בשני מקרים עיקריים: כאשר הישראלי הסכים לשיפוט, במפורש או מכללא, או כאשר מדובר בעניין לו קשר הדוק במיוחד לשטח שבסמכותה הטריטוריאלית של הרשות הפלסטינית (כגון עסק המתנהל בשטח זה או מקרקעין המצויים בו)⁶⁶. הרחבת סמכותו של בית-משפט פלסטיני על ישראלים מעבר למצבים הללו, כתוצאה מהיעדר ערכאה מוסמכת אחרת, ספק אם תואמת את כוונת הסכם הביניים.

שנית, ההסדר הקיים אינו מניח את הדעת אף מנקודת המבט של שיקולים פנים-ישראליים. כך, נראה כי כפיית היורשים הישראליים הפוטנציאליים להיזקק לבתי דין רבניים באזור - מחוסר ברירה אחרת - איננה מתיישבת עם גישתו של חוק הירושה בישראל, המבקש לצמצם את היקף סמכותם של בתי דין דתיים רק למקרים בהם כל הצדדים מעונינים בכך, בעוד "דרך המלך" בענייני ירושה היא פנייה לערכאות האזרחיות. יתרה מזו: עצם הצורך בנקיטת הליך ירושה נוסף, לאחר שהעניין כבר נדון בפני בית-משפט בישראל, יוצר "כפל הליכים" שהצדקתו מוטלת בספק (ראה על כך בהרחבה

⁶⁶ וזו לשונו של סעיף III(2) לנספח המשפטי:

- "In cases where an Israeli is a party, the Palestinian courts and judicial authorities have jurisdiction over civil actions in the following cases:
- a. the subject matter of the action is an ongoing Israeli business situated in the Territory...;
 - b. the subject matter of the action is real property situated in the Territory;
 - c. the Israeli party is a defendant in an action and has consented to such jurisdiction by notice in writing to the Palestinian court or judicial authority;
 - d. the Israeli party is a defendant in an action, the subject matter of the action is a written agreement, and the Israeli party has consented to such jurisdiction by a specific provision in that agreement;
 - e. the Israeli party is a plaintiff who has filed an action in a Palestinian court. If the defendant in the action is an Israeli, his consent to such jurisdiction in accordance with subparagraphs c. or d. above shall be required; or
 - f. actions concerning other matters as agreed between the sides."

הגדרת המונח "the Territory" בסעיף I(1)(a) לנספח המשפטי מוציאה מגדרו במפורש את השטחים בהם הסמכויות הטריטוריאליות נותרו בידי ישראל (אזור C). ראה גם להלן, הערות 193 ו-193א.

להלן). ככל זה אף סותר את המגמות החדשות - אשר באו לידי ביטוי לאחרונה בתיקון לחוק הירושה - המבקשות לפשט ולקצר את הליך קבלת צו ירושה או צו-קיום-צוואה⁶⁷.

זאת ועוד. למצב המשפטי הקיים, המתאפיין בהיעדר הסדר של הכרה באזור בפסקים ישראלים השלכות החורגות מתחום דיני הירושה. כפי שכבר ציינו, ביססו בתי משפט בישראל את סמכותם ליתן החלטות בעלות אופי מעין-חפצי בקשר למקרקעין באזור על הקביעה כי החלטות אלו "יכובדו" באזור⁶⁸. ואולם, קביעה זו היא בבחינת הנחת המבוקש, שכן ראינו כי אין בדיני האזור תשתית משפטית להכרה בהחלטות שיפוטיות ישראליות (בשונה מאכיפתן). ביסוס סמכותו הבינלאומית של בית-משפט בישראל לדון בענייני מקרקעין באזור על "כיבוד" החלטות שיפוטיות ישראליות בעניינים אלה באזור לוקה אפוא בכשל לוגי.

מהי הדרך לפתרון הבעיות הנובעות מן המצב המשפטי המתואר לעיל? על רקע האמור נראה כי מכל הדרכים הבאות בחשבון בהקשר בו עסקינן, יש לבכר את הפתרון במסגרתו יתוקן הצו מס' 348 באופן המרחיב את תחולת ההסדר הקבוע בו - בדבר אכיפה אוטומטית של פסקים ישראלים באזור - גם על הכרת פסקים שאינם ניתנים להוצאה לפועל. יתרונותיה של דרך זו ברורים הם: ראשית, היא נותנת מענה כולל לסוגיית ההכרה, תוך "סתימת הפרצות" בהסדר המשפטי הקיים; שנית, אין היא כרוכה בעלויות הנילוות להקמת ערכאות נוספות באזור או בביצוע התאמות מורכבות בחקיקה, שעשויות להתחייב מהרחבת גדר הסמכות של ערכאות קיימות (כגון בתי משפט לעניינים מקומיים של ההתיישבות; שלישית, היא הולמת את כוונת מנסחי הסכם הביניים להוציא ישראלים בשטחים המוחזקים מגדר סמכותם של בתי משפט פלסטיניים; רביעית, בהקשר הספציפי של דיני הירושה, עולה הפתרון המוצע - המונע "כפל הליכים" בישראל ובאזור - בקנה אחד עם המגמות החדשות בתחום זה בישראל, המבקשות לקצר ולפשט את ההליכים בענייני ירושה.

ה. מתן הכרה לפסקים ישראלים באזור ובעיית "מקרקעין זרים"

1. מבוא

תיקון תחיקת הביטחון באופן המאפשר מתן הכרה לפסקים ישראלים (בשונה מאכיפתם), לרבות פסקים מעין-חפציים, ובכלל זה גם צווי ירושה, מסיר מכשול מפני קליטת פסקים אלה באזור. אולם המכשול האמור, עליו עמדנו בהרחבה לעיל, אינו אלא

⁶⁷ על התיקון ראה לעיל, הערה 8.
⁶⁸ ראה לעיל, הערה 57.

טכני באופיו. שומה עלינו לבחון, אפוא, כלום חסומה דרך הפתרון המוצעת מטעם מהותי, הנעוץ במגבלות הסמכות הבינלאומית של בית-משפט ישראלי. ודוק: כידוע, לפי הגישה המקובלת בישראל, שמקורה במשפט האנגלי, נקנית סמכותו הבינלאומית של בית-משפט ישראלי עם תפיסת הנתבע בשטח המדינה. "תפיסה" משמעותה מסירת הזמנה כדין לנתבע.⁶⁹ מסירת הזמנות לתושבי יהודה ושומרון מוסדרת בסעיף 2 לצו מס' 348, ובתקנות ישראליות מקבילות.⁷⁰ הוראות אלה, הקובעות כי המצאת מסמכים לתושב האזור תיעשה בדרך הרגילה, כפי שנקבעה לגבי תושבי ישראל, פורשו כמעניקות סמכות לבית-משפט בישראל לדון בתובענות שאחד הצדדים להן הינו תושב האזור, ללא צורך להיזקק להליך המצאת כתבי בי-דין אל מחוץ לתחום השיפוט לפי תקנה 500 לתקנות סד"א - הליך הכרוך בנטילת רשות מיוחדת מאת בית המשפט.⁷¹ עם זאת, אין לראות בהסדרי ההמצאה מישראל לשטחים המוחזקים משום מקור כללי של סמכות השיפוט, ללא אבחנה בין התביעות השונות לסוגיהן. בכל אופן, מוגבלת תחולתם של הסדרים אלה למישור הסמכות הפרסונלית. למישור זה, מטבע הדברים, חשיבות בראש ובראשונה בתביעות אישיות (in personam). לא כן בהליכים בעלי אופי קנייני, לגביהם יש לשים דגש על סוגיית הסמכות העניינית, הנבחנת בהתאם לאופי ההליך, מהות הנושאים העומדים לביורור, והסעדים המתבקשים. עלינו לבדוק, אפוא, את ההשלכות של היות ההליכים בהם עסקינן נוגעים לנכסי מקרקעין המצויים ביהודה ושומרון, קרי - מחוץ לתחומה הטריטוריאלי של מדינת ישראל - על סמכותו הבינלאומית העניינית של בית-משפט ישראלי בהליכים אלה. דרך הבחינה הראויה בסוגיה - כך אנו סוברים - צריכה להתבסס על נקודת מבט השוואתית.

2. שיפוט בינלאומי בענייני מקרקעין ו"כלל המקום" (situs rule)

⁶⁹ ראה: ס' גולדשטיין "סמכות בינלאומית המבוססת על תפיסת הנתבע - הלכה למעשה כיום" משפטים י (תש"מ) 409, 417-409.
⁷⁰ ראה לעיל, הערה 50.

⁷¹ ראה: בר"ע 55/71 אלכיר ובניו נ' ואן דר הורסט, פ"ד כה(2) 13, 15; ע"א 211/73 שורפה נ' וקסלר, פ"ד כח(1) 512, 517; פרשת הירשברג, לעיל הערה 50, בעמ' 620-621; ע"א 318/81 כהן נ' מנצורה, פ"ד לו(1) 222, 225. כן ראה: א' רובינשטיין "ישראל והשטחים: סמכויות השיפוט" עיוני משפט יד (תשמ"ט) 415, 443-446. לפי עמדת הפסיקה, לכאורה, לאחר חקיקתו של סעיף 2 לצו מס' 348, וההוראות הישראליות המקבילות, כלל לא מתעוררת עוד בעיית הסמכות הפרסונלית לגבי נתבע המצוי באזור. לניתוח ביקורתי על גישת בית המשפט בפסקי דין אלה ראה: E. Nathan "Israeli Civil Jurisdiction in the Administered Territories" 13 *Isr. Y.B. Human Rights* (1983) 90. הערה 7; Benvenisti, לעיל הערה 20, בעמ' 23-26.
 יצוין גם כי בעבר נתקלו תביעות נגד תושבי האזור במחסום נוסף, הוא הווא היעדר סמכות מקומית של בית-משפט ישראלי כלשהו (ראה פסק-דין שורפה, שם). מחסום זה "נפל" עם התקנת תקנה 6 לתקנות סד"א (תקנה 24 בנוסחן הישן של התקנות), אשר הקנתה סמכות מקומית שיוורת לבית המשפט המוסמך בירושלים (ראה: גולדשטיין, לעיל הערה 69, בעמ' 411; Nathan, שם, בעמ' 92-93; פרשת כהן, שם, בעמ' 225-226).

כלל יסודי של ברירת הדין בתחום דיני המקרקעין, אשר קנה לו אחיזה בשיטות משפט רבות (בארצות המשפט המקובל ידוע הוא כ"כלל המקום" - situs rule), גורס כי כל מכלול השאלות הקשורות בזכויות בקרקע, יצירתן, תוכנן והעברתן של זכויות אלה, נשלט על-ידי המשטר המשפטי של ארץ מקום הימצאם.⁷² כלל זה מוחל על כל סוגי העברות המקרקעין - הן מכוח עיסקה והן מכוח דין (כגון ירושה).⁷³ בענייני ירושה מקובל העיקרון של החלת "דין מקום הנכס" (lex rei sitae) על מקרקעין לא רק במדינות הדוגלות בשיטת הירושה המפוצלת⁷⁴ (כגון אנגליה, ארה"ב וצרפת)⁷⁵, אלא, בתנאים מסוימים, גם בחלק מן המדינות שאימצו לעצמן את השיטה האחידה (כגון גרמניה⁷⁶ וישראל⁷⁷).

⁷² "It is a principle too firmly established to be of dispute at this day, that to the law of the State in which the land is situated must we look for the rules which govern its descent, alienation, and transfer, for the effect and construction of conveyances" (McGoon v. Scales 76 U.S. (9 Wall.) 23, 27 (1869)). כן ראה Restatement, לעיל הערה 47, § 222. פסק הדין המנחה בעניין ה-situs rule באנגליה הוא "The incidents to real estate, the right of alienating or limiting it, and the course of succession to it, depend entirely on the law of the country where the estate is situated"

⁷³ לעיל, הערה 72. על היקפו הרחב של ה-situs rule ועל מקורותיו ההיסטוריים במשפט המקובל ראה: R.J. Weintraub *Commentary on the Conflict of Laws* (Mineola, N.Y., 1986) 412-413; R. Alden "Modernizing the Situs Rule for Real Property Conflicts" 65 *Texas L. Rev.* (1987) 585, 587-591; M. Hancock "Full Faith and Credit to Foreign Laws and Judgments in Real Property Litigation: The Supreme Court and the Land Taboo" 18 *Stan. L. Rev.* (1966) 1299, reprinted in: M. Hancock *Studies in Modern Choice-of-Law: Torts, Insurance, Land Titles* (Buffalo, 1984) 327, 330-333.

⁷⁴ על השיטה המפוצלת והשיטה האחידה בדיני ירושה ראה לעיל, הערה 12.

⁷⁵ לתחולת ה-situs rule על ירושת מקרקעין באנגליה ראה: G.C. Cheshire and P.M. North *Private International Law* (London, 13th ed. by P.M. North and J.J. Dicey & Morris; Fawcett, 1999) 985, 999. בעמ' 1026-1024. לאימוץ הכלל בארצות-הברית ראה לעיל, המקורות המובאים בהערה 73. להחלת דיני ה-situs על ירושת מקרקעין במשפט הצרפתי ראה: Mayer, לעיל הערה 44, בעמ' 524. לעומת זאת, על ירושת המיטלטלין חל בשלוש השיטות דין מקום המושב של המוריש. ראה: Dicey & Morris, שם, בעמ' 1024-1023 (הדין האנגלי); E.F. Scoles and P. Hay *Conflict of Laws* (St. Paul, 2nd ed., 1992) 800-803 (הדין האמריקני); Mayer, שם, בעמ' 523 (הדין הצרפתי). כללית ראה גם Kegel, לעיל הערה 12, בעמ' 758.

⁷⁶ על-פי סעיף III 3 לחוק המבוא לקודקס האזרחי (EGBGB), בנוסחו החדש משנת 1987. ראה Kegel, שם, בעמ' 314-306; Kipp und Coing, לעיל הערה 17, בעמ' 707-706. ⁷⁷ מכוח סעיף 138 לחוק הירושה, הקובע כי "נכסים העוברים בירושה לפי דין מקום המצאם בלבד, יחול על ירושתם אותו דין". מנוסח הסעיף עולה כי היקף תחולתו של

בהקשר דלעיל משמש אפוא ה-situs rule ככלל מהותי של ברירת דין. אך זהו רק פן אחד של העיקרון. הפן הנוסף - החשוב לענייננו - של כלל ה-situs שייך למישור סמכות השיפוט. בשונה מכללי ברירת הדין האחרים, שאינם משליכים על סוגיית הסמכות, גורס ה-situs rule כי מקום הימצאם של המקרקעין הוא הקובע לא רק בעניין הדין המהותי החל עליהם, אלא גם לצורך השאלה מהי המדינה שמערכת בתי המשפט שלה מוסמכת, מן הבחינה הבינלאומית, לדון בתביעות הקשורות לקרקע⁷⁸. לפי הכלל, תהא הסמכות לדון בתביעות אלה נתונה, באופן בלעדי, בידי בית המשפט שבתחומו נמצאים המקרקעין (ה-situs court). מאידך, בבחינת צדו השני של המטבע, לא יהא בית המשפט מוסמך לדון במקרקעין "זרים". זו עמדתן העקרונית, בווריאציות שונות, של מרבית שיטות המשפט⁷⁹.

עיקרון ה-situs בישראל מצומצם: "רק אם חוק המצאם של נכסים שולל באופן מפורש (כך יש לקרוא את המלה 'בלבד') את תחולתו של חוק אחר, רק אם ה-Lex Situs מורה כי חוק זה חל באופן בלעדי ואין חוק אחר זולתו, כי אז עוברים הנכסים לפי חוק זה" (פסק-דין כץ, לעיל הערה 11, בעמ' 250). "הפרשנות הנכונה של סעיף 138 לחוק הירושה היא, כי המלים 'נכסים העוברים בירושה לפי דין מקום המצאם בלבד' משמען נכסים, אשר שיטת המשפט במקום בו הם נמצאים קובעת, כי היא בלבד תחול על ירושתם, תוך כדי שלילת אפשרות תחולתן של שיטות משפט אחרות, וזאת גם אם מעורבים בסוגיה 'אלמנטים בינלאומיים'. במלים אחרות, מדובר בשיטת משפט אשר כלל ברירת הדין שלה לגבי ירושת אותם נכסים מפנה אל הדין הפנימי של את אותה שיטת משפט, ואליו בלבד. זוהי הפרשנות העולה מנוסחו המילולי של הסעיף" (פרשת כהנא, לעיל הערה 10, בעמ' 482; ההדגשה במקור - א' ב). ראה גם שאקי, לעיל הערה 9, בעמ' 73; שילה, לעיל הערה 11, בעמ' 143-146.⁷⁸ כדברי Alden (לעיל, הערה 73), בעמ' 589-590:

"Unlike the other lex loci choice-of-law rules, such as those for contracts and torts, the situs rule controls both choice of law and jurisdiction. Even though the contract or tort lex loci rules might mandate application of state X's law, courts in State Y could still hear a case so long as the parties were properly before the court. The fact that the contract had been executed or the injury had occurred in another state was irrelevant for jurisdictional purposes. The territorial contact of real property, however, played an important role not only in deciding which state's law to apply, but also whether a court could maintain jurisdiction over suits purporting to adjudicate interests in land located in a foreign state."

לקשר ההדוק בין סוגיית הדין החל על המקרקעין וסוגיית הסמכות ראה עוד: J. von Staudingers *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Einführungsgesetz zum BGB/IPR, Internationales Sachenrecht* (Berlin, 13. Bearb. v. H. Stoll, 1996) 69-70.⁷⁰

⁷⁹ ראה סקירה השוואתית מקיפה אצל: J. Schröder *Internationale Zuständigkeit*: Opladen, 1971) 355-367. כן ראה: Staudingers *Kommentar*, שם, בעמ' 69.

כלל ייחוד הסמכות בענייני מקרקעין ל"מדינת המקום" קיים, בין היתר, באנגליה⁸⁰ (יש לציין כי בענייננו נודעת חשיבות מיוחדת להלכה זו, משום שכללי המשפט הבינלאומי השאובים מן המשפט המקובל האנגלי נקלטו בדין הישראלי ובדיני האזור)⁸¹, וכן

⁸⁰ פסק הדין המנחה בעניין זה הוא *British South Africa Co. v. Companhia de Moçambique* [1893] A.C. 602, הידוע כ"הלכת מוזמביק". בפסק הדין, בו נדון סכסוך בין שתי חברות לגבי חזקה בחלקות קרקע בדרום אפריקה, קבע בית הלורדים כי "...the grounds upon which the Courts have hitherto refused to exercise jurisdiction in actions of trespass to lands situate abroad were substantial and not technical..." (שם, בעמ' 629). כך נשללה גישתו הליברלית יותר של הלורד Mansfield, אשר הכיר בפסיקתו באפשרות של קיום סמכות של בית-משפט אנגלי בתביעות הקשורות לקרקע זרה (ראה: *Mostyn v. Fabrigas* (1774) [1775-1802] All E.R. Rep. 266, 273-274). אולם, כפי שבדק ציין Morris בספרו, Lord Halsbury, who delivered speeches in that case [*Moçambique* - E.B.], vouchsafed a hint as to what these 'substantial' grounds were" (J.H.C. Morris בפסק הדין *The Conflict of Laws* (London, 4th ed. by D. McClean, 1993) 304). בפרשת *Hesperides Hotels Ltd. v. Aegean Turkish Holidays Ltd.* [1979] A.C. 508 סייר בית הלורדים לצמצם את הכלל למקרים של מחלוקת בשאלות הבעלות או החזקה במקרקעין. על פסק דין זה נמתחה ביקורת נוקבת, והמחוקק התערב וביטל את תוצאותיו הקשות, בקובעו כי שלילת הסמכות לדון במקרקעין מחוץ לאנגליה לא תחול על תביעות בגין השגת גבול, "...unless the proceedings are principally concerned with a question of title to, or right to possession of, that property" (סעיף 30(1) ל-Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982). התיקון החזיר, למעשה, על כנה את ההלכה הישנה, לפיה שלילת הסמכות מתייחסת לתביעות הנוגעות **במישרין** לשאלת הזכויות במקרקעין זרים ("founded on a disputed claim to foreign lands"); ראה פרשת *Moçambique*, שם, בעמ' 626, ולא למקרים בהם עולה השאלה באופן **אינצידינטלי**: "...where no question of title arises, or only arises as a collateral incident of the trial of other issues, there is nothing to exclude the jurisdiction" (*St. Pierre v. South American Stores (Gath and Chaves) Ltd.* [1936] 1 K.B. 382, 397).

⁸¹ לאימוץ ה-situs rule בישראל בכל הקשור לסמכות שיפוט לגבי מקרקעין, בהסתמך על ההלכות האנגליות ראה: ע"א 45/90 **עבאדה נ' עבאדה**, פ"ד מח(1) 77, 83; ע"א 3868/95 **ורבר נ' ורבר**, דינים עליון נה 332, בסעיף 24 לפסק הדין. כן ראה פרשת **נאזי (לעיל)**, הערה 50.

לקליטת הלכת *Moçambique* בארץ-ישראל המנדטורית ראה: F.M. Goadby *International and Inter-Religious Private Law in Palestine* (Jerusalem, 1926) 189, 246. לתחולת כללי המשפט הבינלאומי הפרטי האנגליים ביהודה ושומרון ראה **לעיל**, הערה 61. כן ראה פסק הדין בעניין **עבד אללה (לעיל)**, הערה 28, בו קבע בית המשפט בשכם כי אין תוקף לצו עיקול אותו הוציא בית-משפט שלום בתל-אביב ביחס לחלקת קרקע באזור. בית המשפט מצוין "...שהטלת העיקול על חלקיו של התובע בחלקה נשוא התובענה בוצעה על יסוד מסמך שהוצא על ידי בית משפט של מדינה זרה שאין לה קשר לקרקע נושא התביעה, באופן שהיתה פנייה אל מחלקת הקרקעות והמדידות הפלסטינית בשכם שהיא המקום בו נמצאים המקרקעין נשוא התובענה וזאת לצורך הטלת העיקול עליה, ודבר זה מהווה השגת גבול סמכויות בתי המשפט הפלסטיניים אשר להם מסורות הסמכויות אפילו במהלך קיומו של הכיבוש" (התרגום באדיבותו של עו"ד ס' ברמן - א' ב'). יצוין, כי בפרשת **עקאווי (לעיל)**, הערה 57 טען הנתבע, בהסתמך על סעיף 4(3) לחוק סדר הדין האזרחי מס' 42 לשנת 1952, כי הסמכות הבלעדית לדון בתובענה הקשורה במקרקעין מסורה לבית

בארצות-הברית,⁸² גרמניה,⁸³ צרפת,⁸⁴ ואיטליה.⁸⁵

המשפט שבתחום שיפוטו הם נמצאים. השופט בן-יאיר דחה טענה זו (על בסיס פרשנות הסעיף ותוך השוואתו להוראה מקבילה בתקנות סד"א הישראליות), אך בלי להיכנס לשאלה אם מדובר בהוראה שעניינה שאלת הסמכות המקומית גרידא, או שמא מדובר בנושא הסמכות הבינלאומית (סעיף 3(ג) לפסק הדין).

⁸² ההלכה האמריקנית בסוגיה נקבעה בפסקי הדין *Clarke v. Clarke* 178 U.S. 186, 195 (1900) ו-*Fall v. Eastin* 215 U.S. 1, 11 (1909). לניתוח פסקי דין אלה ראה: Weintraub, לעיל הערה 73, בעמ' 421-418; Hancock; לעיל הערה 73, בעמ' 346-333. כן ראה *Restatement*, לעיל הערה 47, § 59. כללית ראה Alden, לעיל הערה 73, בעמ' 591-590. יצוין כי חשיבותו המעשית העיקרית של הכלל השולל את סמכותו של ה- non-situs court במשפט האמריקני אינה במישור היחסים עם מערכות שיפוט של ארצות זרות דווקא, אלא בהקשר של היחסים בין המדינות האחרות המרכיבות את ארצות-הברית.
⁸³ סעיף 24 לחוק סדר הדין האזרחי הגרמני משנת 1877 (*Zivilprozessordnung, ZPO*), שכותרתו "סמכות שיפוט הפצית ייחודית" (*Ausschließlicher dinglicher Gerichtsstand*) קובע כי הסמכות לדון בתביעות הקשורות לזכויות בנכס דלא נידי, תהא נתונה אך בידי בית המשפט שבתחום מחוזו נמצא הנכס (*Gericht der belegen Sache*). עיקרו של הסעיף אמנם בקביעת הסמכות המקומית, אך בגרמניה רואים אותו כמסדיר בעקיפין גם את שאלת הסמכות הבינלאומית. ראה: Stein und Jonas, לעיל הערה 48, § 24, בעמ' 448-446. תביעות הבאות בגדר הסעיף כוללות "תביעות למימוש זכות הבעלות, שיעבוד הפצי או חופש משיעבוד כאמור" (*Klagen, durch die das Eigentum, eine dingliche Belastung oder die Freiheit von einer solchen geltend gemacht wird*), וכן תביעות לקביעת גבול, תביעות חלוקה ותביעות פוסטוריות (*Grenzscheidungs-, Teilungs- und Besitzklagen*). לסוגי התביעות ראה: Stein und Jonas, שם, בעמ' 452-457. כן ראה להלן, הערה 103. בעוד שברור מנוסח הסעיף עצמו כי הוא שולל סמכותו של בית-משפט זר לדון במקרקעין בגרמניה, נותרה השאלה כלום יש בו כדי לשלול סמכותו העניינית של בית-משפט גרמני לדון בקרקע המצויה בחו"ל. בית המשפט העליון של גרמניה סבר, בפסק-דין שדן בסכסוך בין שני צדדים גרמניים בעניין זכויות המים הצמודות לשתי חלקות קרקע המצויות על הגבול בין פרוסיה לאוסטריה, אחת בצד הפרוסי והשנייה בצד האוסטרי, כי ההסדר של סעיף 24 ל-ZPO אינו "סימטרי", והוא אמנם שולל את האפשרות של מתן נפקות לפסק זר שמתייחס למקרקעין בגרמניה, אך אינו מונע מבית-משפט גרמני לדון במקרקעין זרים מקום שניתן לבסס את סמכות השיפוט על זיקות אחרות, כגון מגורי הנתבע (ראה: (32 RGZ 414 (1894)). בספרות הובעה דעה כי החלטה זו בטעות יסודה וכי סעיף 24 הנ"ל מבוסס על העיקרון של "סמכות ייחודית כללית" של "מדינת המקום" (*allseitige internationale Ausschließlichkeit*) (des Belegenheitsstaates - ראה: Schröder, לעיל הערה 79, בעמ' 356; Schack, לעיל הערה 17, בעמ' 122). לדעה התומכת בפסק הדין ראה: Geimer, לעיל הערה 21, בעמ' 267-266; 427, 2189 (1974) *Neue Juristische Wochenschrift* 4.10.1973, 27 (Anmerkung R. Geimer).

לכללי הסמכות הבינלאומית בענייני ירושה במשפט הגרמני ראה לעיל, הערה 17.

⁸⁴ ראה: H. Bauer *Compétence judiciaire internationale des tribunaux civils français et allemands* (Paris, 1965) 58 בדומה למצב המשפטי בגרמניה, מבוסס הסדר הסמכות הבינלאומית בענייני מקרקעין על הוראות קודקס הפרוצדורה האזרחית בעניין הסמכות המקומית, על-פי עיקרון "הרחבת הסדרי סמכות פנימיים על המישור הבינלאומי" (*extension à l'ordre international des règles françaises internes de*)

הוא אף מצא ביטוי בשתי אמנות בינלאומיות המסדירות את סוגיית סמכות השיפוט: אמנת בריסל משנת 1968 (Brussels Convention)⁸⁶, החלה ביחסים בין מדינות הקהילה האירופית, והאמנה המקבילה - אמנת לוגנו משנת 1988 (Lugano Convention) - שעניינה מערכת היחסים של מדינות הקהילה עם מדינות איגוד הסחר החופשי האירופי (EFTA), ובין אלו האחרונות ובין עצמן⁸⁷. חוסר הסמכות לדרן

⁸⁶ "compétence"; ראה: Mayer, לעיל הערה 44, בעמ' 192. עיקרון הסמכות הייחודית של "מדינת המקום" בענייני מקרקעין נתפס כחריג לכלל המעוגן בסעיפים 14 ו-15 ל-Code de procédure civile, לפיו מוענקת סמכות אוניברסלית לבית-משפט צרפתי שעה שאחד הצדדים להליך הינו אזרח צרפתי (Bauer, שם, בעמ' 75). בלשונו של בית המשפט העליון של צרפת (Cour de cassation), "סעיף 14 לקודקס האזרחי הינו בעל תוקף כללי המשתרע על כל התחומים, למעט תביעות חפציות ותביעות חלוקה לגבי מקרקעין הנמצאים בחו"ל, וכן למעט בקשות הקשורות לדרכי ביצוע הנהוגות מחוץ לצרפת" (L'article 14 du Code de procédure civile a une portée générale s'étendant à toutes matières, à l'exclusion des actions réelles immobilières et de demandes en partage portant sur des immeubles situés à l'étranger, ainsi que des demandes relatives à des voies d'exécution pratiquées hors de France" (Civ. 27 mai 1970, 60 *Revue critique de droit international privé* (1971) 113, note H. Battifol). הלכה זו חלה גם בענייני ירושה, ראה: Mayer, שם, בעמ' 521-522; *Revue critique de droit international privé* (1983) 87, note B. Ancel. שלילת הסמכות לדרן במקרקעין זרים הינה מוחלטת, והיא תחול גם אם תוצאתה המעשית היא היעדר אפשרות לזכות בהליך שיפוטי הוגן ("שלילת צדק" - déni de justice). ראה Civ. 7 janv. 1982, 72 *Revue critique de droit international privé* (1983) 87, note B. Ancel. הלכה זו חלה גם בענייני זרים הינה מוחלטת, והיא תחול גם אם תוצאתה המעשית היא היעדר אפשרות לזכות בהליך שיפוטי הוגן ("שלילת צדק" - déni de justice). ראה Civ. 7 janv. 1982, 72 *Revue critique de droit international privé* (1983) 87, note B. Ancel. סעיף 5 לחוק מס' 218 מיום 31.5.95 בדבר הרפורמה של שיטת מתקל הדינים קובע כי לבית-משפט איטלקי לא תהיה סמכות לדרן בתביעות חפציות שנושאן מקרקעין הנמצאים בחו"ל ("La giurisdizione italiana non sussiste rispetto ad azioni reali aventi ad oggetto beni immobili situati all'estero"; לנוסח החוק ולתרגומו לאנגלית ראה: A. Montanari and V.A. Narcisi *Conflict of Laws in Italy* (The Hague, 1996). הוראה זו בחוק החדש באה להסיר את הספקות במצב המשפטי שהיו קיימים קודם - מקורם בפסיקה אשר הכירה בסמכות בית-משפט איטלקי לדרן בתביעות בענייני מקרקעין בחו"ל, מקום שהנתבע הינו איטלקי (ראה על כך: Schröder, לעיל הערה 79, בעמ' 360-361). ראה גם להלן, הערה 104.

⁸⁷ השם המלא של האמנה הוא: Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters. יצוין כי האמנה אינה חלה על ענייני "צוואות וירושות" ("wills and successions"). ראה: Dicey & Morris, לעיל הערה 44, בעמ' 277.

⁸⁷ להוראות שתי האמנות בעניין סמכויות השיפוט ראה כללית: Cheshire & North, לעיל הערה 75, בעמ' 183 ואילך. לפי סעיף 16(1)(a) לאמנת בריסל, לבתי המשפט של מדינת מקום הימצאם של המקרקעין תהיה נתונה הסמכות הייחודית לדרן "in proceedings which have as their object rights in rem in immovable property or tenancies of immovable property" (הוראה זהה מצויה באמנת לוגנו). בפסיקת בית הדין של הקהילה האירופית פורשה הוראה זו כמתייחסת להליכים הבאים לקבוע "...the extent, ownership or possession of immovable property or the existence of other rights in rem therein and to provide the holders of those rights with the protection of the powers which attach to their interest" (Case C-115/88 *Reichert*

במקרקעין זרים נתפס כמהותי, ומשום כך אין מאפשרים להתגבר עליו על דרך הסכמת הצדדים, בין מפורשת ובין מכללא, בין מראש ובין בדיעבד.⁸⁸

3. חריגים ל"כלל המקום" - מהותם והיקפם

ודוק: הכלל בדבר "מקרקעין זרים" כפוף לחריגים. נדמה כי חשיבותם עולה, הלכה למעשה, על זו של הכלל עצמו, משום שרק על דרך הגדרת החריג ניתן להתוות במדויק את גבולות הכלל ולצקת לו תוכן של ממש. במשפט האנגלי החריגים המוכרים ל"הלכת מוזמביק" הם שניים. ראשית, בית-משפט באנגליה ידון בתביעה המבוססת על "חייב אישי" בקשר למקרקעין.⁸⁹ מקורות החייב האפשריים הם חוזה, תרמית או יחסי נאמנות.⁹⁰ למעשה, כולל החריג בגדרו, בנוסף לעילות החוזיות, את כלל העילות מן היושר (equities).⁹¹ הלכה זו היא עתיקת יומין (מקורותיה ההיסטוריים מצויים בפסיקה מהמאות ה-17 וה-18),⁹² והיא שרירה וקיימת גם כיום.⁹³ במקרים הנכנסים לגדר החריג,

⁸⁸ *v. Dresdner Bank* [1990] E.C.R. I-27, 42. להיקף ההוראה ראה להלן, הערות 105 ו-115.

⁸⁹ ראה באנגליה: Morris, לעיל הערה 80, בעמ' 305; בגרמניה: Stein und Jonas, לעיל הערה 48, § 24, בעמ' 457.

⁹⁰ כהגדרת Dicey & Morris (לעיל, הערה 44), בעמ' 952-953:

"...Though the court has no jurisdiction to determine rights over foreign land, yet where the court has jurisdiction over a person from his presence in England, or from his submission to the jurisdiction, or from its power to serve him with a writ, though he is out of England, the court has jurisdiction to compel him to dispose of, or otherwise deal with, his interest in foreign land so as to give effect to obligations which he has incurred in regard to the land."

⁹¹ "Courts of Equity have from the time of Lord Hardwicke's decision in *Penn v. Baltimore* exercised jurisdiction *in personam* in relation to foreign land against persons locally within the jurisdiction of the English court in cases of contract, fraud and trust" (השופט Wright בפסק הדין של הערכאה ראשונה בעניין *Companhia de Moçambique v. British South Africa Co.* [1892] 2 Q.B. מוזמביק: 358, 364). לסקירה כללית של החריג ראה: Cheshire & North, לעיל הערה 75, בעמ' 383-377.

⁹² ראה כללית: Dicey & Morris, לעיל הערה 44, בעמ' 953.

⁹³ לעניין הסמכות לדון בתביעות שעילתן תרמית בקשר למקרקעין זרים ראה: *Arglasse v. Muschamp* (1682) 1 Vern. 76, 77; *Cranstown v. Johnston* (1796) 3 Ves. 170, 182. פסק הדין המנחה, בו הכיר בית המשפט האנגלי בסמכותו להורות על ביצוע בעין של חוזה לגבי מקרקעין זרים הוא *Penn v. Baltimore* (1750) 27 E.R. 1132, 1134-1135.

לא יסרב בית המשפט האנגלי לדון בתביעה גם כאשר הזכות מן היושר, עליה מושתתת התביעה, כלל אינה מוכרת במדינת ה-situs⁹⁴, ובלבד שה-lex situs אינו מטיל איסור על מימוש הפסק שיינתן⁹⁵. **שנית**, מקום שמדובר בניהול הקדש או עיזבון הכולל נכסי מקרקעין באנגליה ובחור"ל, היא בית המשפט האנגלי מוסמך לדון בשאלות הקשורות לזכויות בנכסים הזרים, לצורך הניהול כאמור. זאת גם בהיעדר כל קשר חוזי או אקוויטבילי בין הצדדים⁹⁶.

(חוזה לקביעת גבול בין פנסילבניה ומרילנד, אז מושבות בבעלות פרטית). לתביעות שעניינן נאמנות בקשר לקרקע בחור"ל ראה: *Kildare v. Eustace* (1686) 1 Vern. 437. לסמכות להורות על מימוש שיעבוד אקוויטבילי על מקרקעין מחוץ לאנגליה ראה: *Re Courtney*, *Ex p. Pollard* (1840) [1835-42] All E.R. Rep. 415, 417-418.

⁹³ ליישומה המודרני של הלכת *Penn* ראה: *Richard West and Partners (Inverness)*; *Ltd. v. Dick* [1969] 1 All E.R. 289, 290-291 (affirmed, *ibid.* 943, 945) (בית-משפט אנגלי מורה על ביצוע בעין של חוזה למכירת מקרקעין בסקוטלנד); *Ward v. Coffin* (1972) 27 D.L.R. (3d) 58, 69-71 (ביצוע בעין של חוזה לגבי קרקע בקוובק על-ידי בית-משפט בניו ברונסוויק). לתביעה שמקורה יחסי נאמנות לגבי מקרקעין זרים ראה: *Razelos v. Razelos (No. 2)* [1970] 1 W.L.R. 392, 403-404.

⁹⁴ ראה: עניין *Re Courtney*, **לעיל** הערה 92, בעמ' 418 (מימוש שיעבוד מן היושר לגבי קרקע בסקוטלנד, על-אף שלפי הדין הסקוטי כלל לא נוצר שיעבוד כזה). כן ראה פרשת *Cood v. Cood* (1863) 33 L.J. Ch. 273, שם הורה בית המשפט על ביצוע בעין של חוזה בקשר למקרקעין בצ'ילה, חרף העובדה שבתי משפט צ'יליאניים לא ראו בו הסכם מחייב.

⁹⁵ "If, indeed, the law of the country where the land is situate should not permit, or not enable, the defendant to do what the court here might think it right to decree, it would be useless and unjust to direct him to do the act..." *Re Courtney*, **שם**, בעמ' 417-418. ראה גם פסקי הדין: *West (לעיל)*, הערה 93, בעמ' 291-290; *Razelos (לעיל)*, הערה 93, בעמ' 404-403. כפי שמציינים *Dicey & Morris (לעיל)*, הערה 44, בעמ' 954: "It is, however, difficult to determine what constitutes a prohibition sufficiently stringent to prevent the English court from granting a decree." מגבלת סמכות נוספת עשויה לנבוע מן הצורך בפיקוח על מימוש הצו: "The jurisdiction cannot be exercised if the court cannot effectively supervise the execution of its decree" (**שם**).

⁹⁶ ההלכות המרכזיות המבססות חריג זה הן: *Nelson v. Bridport (לעיל)*, הערה 72, וכן *Re Ross* [1930] 1 Ch. 377 ו-*Re Duke of Wellington* [1948] Ch. 118. כללית ראה: *Morris (לעיל)*, הערה 80, בעמ' 309-308. יצוין כי מהותו והיקפו של חריג זה מעולם לא הוגדרו במדויק על-ידי הפסיקה. בספרות (ראה: *Morris, שם; Dicey & Morris (לעיל)*, הערה 44, בעמ' 956) הובעה דעה כי החריג אינו אלא ביטוי ל"כלל הסמכות האינצידנטלית" (על כך ראה *לעיל*, הערה 80). אולם מידת ה"אגביות" של הסמכות בהקשר זה מוטלת בספק (ראה: *Cheshire & North (לעיל)*, הערה 75, בעמ' 384). לדעת *Cheshire & North, שם*, "...the practice comes perilously near to destroying the supposedly universal principle that jurisdiction concerning the title to, or possession of, immovables, resides only in the state in which the property is situated".

בארצות-הברית נקלט החריג הראשון הנ"ל לכלל בדבר היעדר סמכות לדון בקרקע זרה ישירות מן המשפט המקובל האנגלי⁹⁷. בתי משפט אמריקניים נוהגים להוציא צווים לביצוע העברות של מקרקעין הנמצאים מחוץ למדינת הפורום⁹⁸. במישור היחסים בין מדינות ארצות-הברית עשויים בתי המשפט של מדינת ה-situs ליתן הכרה להחלטות אלה⁹⁹. ברם, תחולת חריג ה-equitable jurisdiction אינה מצומצמת רק ליחסים הבינמדינתיים בתוך ארצות-הברית, והוא חל, בדומה למצב באנגליה, גם על תביעות בהן מעורבת קרקע "זרה" ממש (במובן הבינלאומי)¹⁰⁰. לעומת זאת, החריג השני הנ"ל ל"הלכת מוזמביק" האנגלית (estates and trusts) לא היכה שורשים במשפט האמריקאי¹⁰¹.

החריג הראשון ל"הלכת מוזמביק" האנגלית אומץ במלואו על-ידי הפסיקה המחוזית הישראלית, בהקשר הספציפי של חוזה למכירת קרקע הנמצאת בשטחים המוחזקים¹⁰². אף בשיטות משפט אחרות שאימצו לעצמן את הכלל השולל מבית משפט מקומי את הסמכות לדון במקרקעין הנמצאים בחו"ל נוהגים לסייג כלל זה בנסיבות הדומות לאלו עליהן מדברת ההלכה האנגלית. כך בדין הגרמני¹⁰³ והאיטלקי¹⁰⁴. זו גם גישת בית הדין

⁹⁷ פסק הדין המנחה, המאמץ את ההלכה האנגלית, הוא *Massey v. Watts* 10 U.S. (6 Cranch) 148 (1810). לסקירה כללית ראה: Scoles & Hay, **לעיל** הערה 75, בעמ' 352-350.

⁹⁸ ראה, למשל: *Ivey v. Ivey* 439 A. 2d 425, 427 (1981) (בית-משפט בקונטיקוט מורה על העברת נכס בפלורידה); *Berry v. Berry* 620 S.W. 2d 456, 458-459 (1981); (בית-משפט במיסורי מעביר קרקע בפלורידה במסגרת תביעת גירושין); *In re Marriage of Glaze* 605 S.W. 2d 721, 724 (1980) (בית-משפט בטקסס מוציא צו המורה על העברת נכס מקרקעין בניו מקסיקו).

⁹⁹ מכוח הדוקטרינה של "full faith and credit", המעוגנת בסעיף IV, § 1 לחוקת ארה"ב ("Full Faith and Credit shall be given in each State to the public Acts, Records, and Judicial Proceedings of every other State"). לפסיקה המיישמת עיקרון זה על פסקים בענייני מקרקעין ראה: *Restatement*, **לעיל** הערה 47, § 102, בעמ' 311-312.

¹⁰⁰ ראה, למשל: *Matarese v. Calise* 305 A. 2d 112, 117 (1973) (בית-משפט ברוד-איילנד מוסמך להורות על העברת נכס מקרקעין באיטליה); *Noble v. Noble* 546 P. 2d 358, 361 (1976) (בית-משפט באריזונה מצווה את הצדדים למכור קרקע בדנמרק במסגרת הליכי גירושין); *Goldman v. Bloom* 280 N.W. 2d 170 (1979) (בית-משפט בוויסקונסין נותן צו המחייב את הנתבע למסור לתובע שטר חתום לצורך העברת מקרקעין באיי הבהאמה על שמו).

¹⁰¹ ראה: Alden, **לעיל** הערה 73, בעמ' 604-606.
¹⁰² פסקי דין לוי (**לעיל**, הערה 57, בעמ' 55-56) ו-עקאווי (**שם**, בסעיף 3(ב) לפסק הדין). כאשר ישנו חוזה בקשר לנכס-דלא-ניידי הנמצאים מחוץ לתחום המדינה והתביעה היא אישית כנגד אחד הצדדים לחוזה ובנוגע לאותם מקרקעין, הרי שבמצב זה יש סמכות לבית המשפט המקומי (הנשיא וייס פרשת לוי, **שם**, בעמ' 55; ההדגשה במקור - א' ב').

¹⁰³ כוזור (**לעיל**, הערה 83), סעיף 24 ל-ZPO קובע את עיקרון הסמכות הייחודית של בית המשפט של ה-situs בענייני מקרקעין על "תביעות למימוש הבעלות". אלה הן תביעות בהן משמשת הזכות הקניינית עצמה נושא הסכסוך (Streitgegenstand) ונושא ההכרעה השיפוטית (Entscheidungsgegenstand) ובראש ובראשונה, תביעות שעניינן רישום

האירופי בבואו לפרש את אמנת בריסל¹⁰⁵. יוצא אפוא כי נטייתן של שיטות המשפט המחילות את ה-situs rule על סוגיית סמכות השיפוט היא לצמצם את תחולתו של הכלל ולהכיר באפשרות של ניהול הליך לגבי קרקע זרה, בתנאים מסוימים. זאת בראש

הזכות במרשם המקרקעין (Stein und Jonas), לעיל הערה 48, § 24, בעמ' 452). מאידך, אין הסעיף 24 חל על תביעות חוזיות גרידא, שכן עניינן "העברה" (Übertragung) של הזכות הקניינית, ולא "מימושה", במובן של "הגנה על קניין קיים" (Behauptung des bestehenden Eigentums; שם). לסמכותו של בית-משפט גרמני לדון תביעות שעניינן חוזים לגבי קרקע זרה ראה גם: Geimer, לעיל הערה 21, בעמ' 255.

¹⁰⁴ כאמור לעיל, בהערה 85, מכוח חוק ברירת הדין החדש משנת 1995 נשללת סמכותו של בית-משפט איטלקי לדון ב"תביעות חפציות" (azioni reali) על לקרקע בחו"ל. עם זאת, כפי שעולה מדברי ההסבר להצעת החוק, אין כוונתו של סעיף 5 הנ"ל לשלול סמכות של בית-משפט איטלקי לגבי תביעות "בעלות אופי פוססורי או אישי" הקשורות למקרקעין זרים, עליהן ימשיכו לחול הכללים הרגילים לקביעת הסמכות הבינלאומית (המבוססים על עיקרון האזרחות): "La esclusione della giurisdizione è peraltro destinata ad operare solo con riferimento alle azioni di natura reale e non anche rispetto alle altre azioni relative a beni immobili aventi natura possessoria o personale, per le quali valgono i criteri generali di determinazione della giurisdizione" (נוסח דברי ההסבר מופיע ב-: F. Pocar *Il nuovo diritto internazionale privato italiano* (Milano, 1997) 156-157).

¹⁰⁵ לפי ההסדר שבשתי האמנות, תביעות הנוגעות להיבטים חוזיים גרידא של עיסקה במקרקעין, לרבות תביעות לביצוע בעין, אינן חייבות להידון בבתי המשפט של ה-situs דווקא, אולם לצורך קבלת החזקה בנכס שומה על התובע בהכרח ליוזם הליך ב"מדינת המקום" (ראה: Dicey & Morris, לעיל הערה 44, בעמ' 942). בית הדין האירופי אישר, בפרשת *Case C-294/92 Webb v. Webb* [1994] E.C.R. I-1717, את פסיקתו של ה-High Court האנגלי, לפיה תביעה להצהרה בדבר היות התובע מחזיק בקרקע בצרפת כנאמנו של התובע ולצו המחייב את הנתבע לבצע את הפעולות הדרושות לצורך העברת הבעלות בנכס לידי התובע, אינה בגדר "תביעה in rem" כמשמעותה בסעיף 16(1) הנ"ל (ראה: 1418-1416, 1410, 1410 W.L.R. [1991] 1 *Webb v. Webb*). לפי מסקנותיו של דו"ח הקהילה האירופית משנת 1979 בעניין פרשנות אמנת בריסל (ה-Schlosser Report), המובאות בחוות דעתו של ה-Advocate General לבית הדין האירופי בעניין *Webb*, בעמ' 1729, "Actions based on contracts for the transfer of ownership or other rights in rem affecting immovable property do not therefore have as their objects rights in rem". נראה כי החלת הלכות המשפט המקובל שנסקרו לעיל הייתה עשויה להביא לתוצאה זהה (לעניין זה ולניתוח כללי של פסק-דין *Webb* ראה: A. Briggs, "Trusts in Land and the Brussels Convention" 110 *L.Q. Rev.* (1994) 526; P. Rogerson "Equity, Rights in Rem and the Brussels Convention" [1994] *Cam. L.J.* 462). עוד קודם קבע בית הדין האירופי כי הליך על-פי סעיף 1167 ל-Code civil הצרפתי, שנועד לבטל הענקת מקרקעין הפוגעת בזכויות נושהו של המעניק (action paulienne) אינו נכלל בגדר סעיף 16(1) לאמנת בריסל (פרשת *Reichert*, לעיל הערה 87). להצגת עמדות של ממשלות צרפת, איטליה, גרמניה והממלכה המאוחדת בעניין *Reichert*, המצדדות בפרשנות מצמצמת של הסעיף ראה דיווחו של ה-Judge-Rapporteur, שם, בעמ' 31-30.

ובראשונה כאשר נושא התביעה הינו חוזי (או מעין-חוזי) באופיו¹⁰⁶.

ואולם, אם היקפו של הכלל מצומצם הוא, אזי היקף החריג לכלל מוגבל עוד יותר. המגבלות הינן בבחינת פועל יוצא הכרחי מאופיו החריג ומהרציונלים לקיומו. החריג מושתת בעיקרו על ההבחנה בין הליכים - וסעדים - הפציים (או ליתר דיוק - מעין-פציים)¹⁰⁷ ואישיים, והוא חל מקום שההליך - והסעד הניתן בו - הינם *in personam*, במובן זה שהם מכוונים אישית כלפי הנתבע, ולא כלפי הנכס¹⁰⁸. לכך שתי השלכות מיידיות. האחת, קשורה לטיב העניינים היכולים להידון בפני בית המשפט חרף היותם מתייחסים למקרקעין זרים. אלו הם עניינים שביסודם "קשר אישי" (*privity*) בין התובע לנתבע (בשונה מכאלה שבהם עומדת לדיון השאלה ה"נקייה" של בעלות במקרקע זרה)¹⁰⁹.

¹⁰⁶ לא ברור עד כמה יש תחולה בדיני יהודה ושומרון לחריגים ל"הלכת מוזמביק". בעוד שאין ספק בדבר קליטת ההלכה עצמה (ראה לעיל, הערות 61 ו-81), והטקסט הסמוך להן), קיימת אי-בהירות באשר להמשך תחולת חריג ה-*equitable jurisdiction* באזור לאחר ביטול דיני היושר מכוח סעיף 129 לחוקת ירדן. ראה: א' סוכובולסקי, א' כהן ו-א' ארליך יהודה ושומרון - זכויות במקרקעין והדין בישראל (תשמ"ד) 14-15. עם זאת, ייתכן וניתן לבסס חריג דומה על ההבחנה המקובלת בשיטות המשפט הקונטיננטליות בין עניינים *in personam* ו-*in rem*, לנוכח זיקתו ההדוקה של הדין הירדני לשיטות משפט אלו. להסדר הירדני בשאלת הסמכות הבינלאומית בענייני ירושה ראה לעיל, הערות 22-24, והטקסט הסמוך.

¹⁰⁷ ראה לעיל, הערה 47.

¹⁰⁸ "The conscience of the parties was bound by this agreement; and being within the jurisdiction of this court..., which acts *in personam*, the court may properly decree it as an agreement" (פרשת *Penn v. Baltimore*, לעיל הערה 92, בעמ' 1134-1135). בלשונו של הלורד Herschell בפסק-דין *Moçambique* (לעיל, הערה 80, בעמ' 626): "Whilst Courts of Equity never claimed to act directly upon land situate abroad, they have purported to act upon the conscience of persons living there"¹⁰⁹. למשפט האמריקני ראה: Alden, לעיל הערה 73, בעמ' 599. לחשיבות ההבחנה בין העניינים *in personam* ו-*in rem* בהקשר של פרשנות סעיף 16(1) לאמנת בריסל ראה חוות דעתו של ה-Advocate General לבית הדין האירופי בעניין *Webb*, לעיל הערה 105, בעמ' 1721 ואילך.

¹⁰⁹ "The jurisdiction cannot be exercised unless there is some personal equity running from the plaintiff to the defendant. 'There must be some personal (Dicey) element, something more than a naked question of title to foreign land'" & Morris, לעיל הערה 44, בעמ' 955. ההלכה האנגלית בנקודה זו סוכמה יפה על-ידי השופט Parker בעניין *Dechamps v. Miller* [1908] 1 Ch. 856, 863-864.

"In my opinion the general rule is that the Court will not adjudicate on questions relating to the title to or the right to possession of immovable property out of the jurisdiction.

There are, no doubt, exceptions to the rule, but, without attempting to give an exhaustive statement of those exceptions, I think it will be found that *they all depend on the existence between the parties of some personal*

אנשים "זרים" לקשר זה (strangers to the equity) אינם יכולים לבוא בצל קורתה של סמכות השיפוט¹¹⁰. ההשלכה השנייה - החשובה יותר - נוגעת לאופי הסעד העשוי להינתן על-ידי בית-משפט לגבי מקרקעין הנמצאים מחוץ למדינת הפורום, ולדרכי אכיפתו. הסעדים הבאים בחשבון אינם, ככלל, יכולים להיות אלא צווים in personam¹¹¹. צו מסוג זה, אין בכוחו להביא כשלעצמו לשינוי מעמדה הקנייני של הקרקע, אלא אך לחייב את הנתבע לנקוט את הפעולות ההכרחיות לצורך העברת הזכויות בנכס (בהקשר הטיפוסי של חוזה למכירת מקרקעין). הציווי פועל כלפי הנתבע אישית, בעוד שהשפעתו על הקרקע הינה עקיפה בלבד. הדרך לאכיפת הצו כלפי הנתבע המסרב למלא אחריו, היא באמצעות הליכי ביזיון בית-המשפט, עיקול נכסי הנתבע הנמצאים

obligation arising out of contract or implied contract, fiduciary relationship or fraud, or other conduct which, in the view of a Court of Equity in this country, would be unconscionable, and do not depend for their existence on the law of the locus of the immovable property. Thus, in the case of trusts, specific performance of contracts, foreclosure, or redemption of mortgages, or in the case of land obtained by the defendant by fraud, or other such unconscionable conduct as I have referred to, the Court may very well assume jurisdiction. But where there is no contract, no fiduciary relationship, and no fraud or other unconscionable conduct giving rise to a personal obligation between the parties, and the whole question is whether or not according to the law of the locus the claim of title set up by one party, whether a legal or equitable claim in the sense of those words used in English law, would be preferred to the claim of another party, I do not think the Court ought to entertain jurisdiction to decide the matter."
(Emphasis added - E.B.).

¹¹⁰ ראה: Dicey & Morris, שם, בעמ' 954. לדוגמא ראה: *Norris v. Chambres* (1861) 30 L.J. Ch. 285 (אם ראובן מתחייב למכור קרקע בחו"ל לשמעון, אך בפועל מעבירה ללוי, לוי הינו "זר" לחוזה הראשון, ושמעון אינו יכול לבסס סמכות שיפוט כנגדו).

¹¹¹ כדברי הלורד Cottenham בפרשת *Re Courtney* (לעיל, הערה 92), בעמ' 417: "It is true, that in this country contracts for sale, or (whether express or implied) for charging lands, are in certain cases made by the courts of equity to operate in rem; but in contracts respecting lands in countries not within jurisdiction of these courts, they can only be enforced by proceedings in personam, which the courts of equity are in constant habit of doing; not thereby in any way affecting the lex loci rei sitae."

בתוך תחום השיפוט, וכיוצא באלה אמצעי אכיפה אישיים¹¹². אולם אמצעים אלה, כידוע, אינם יכולים, במקרים רבים, להיות מספקים לשם מימוש מלא של זכויות בקרקע. "דרך המלך" לכך הינה, ככלל, רישום הזכות במרשם. דא עקא, צו *in personam* המחייב את הנתבע לרשום איננו בבחינת תחליף לרישום עצמו. הצו האישי המופנה אל הנתבע אינו "צו לרישום" המכוון כלפי רשם המקרקעין¹¹³. ביצוע הרישום עדיין מותנה אפוא בשיתוף

¹¹² משמעות ההבחנה בין "צו אישי" לבין "צו הפועל ישירות כלפי הקרקע" ודרכי אכיפתו של הראשון בתביעות הקשורות למקרקעין זרים הוסברו היטב בפסק הדין בעניין *Fall v. Eastin* (לעיל, הערה 82), בעמ' 11-12:

"But this legislation does not affect the doctrine which we have expressed, which rests, as we have said, on the well-recognized principle that when the subject-matter of a suit in a court of equity is within another state or country, but the parties within the jurisdiction of the court, the suit may be maintained and remedies granted which may directly affect and operate upon the person of the defendant, and not upon the subject-matter, although the subject-matter is referred to in the decree, and the defendant is ordered to do or to refrain from certain acts toward it, and it is thus ultimately but *indirectly* affected by the relief granted. In such case the decree is not of itself legal title, nor does it transfer the legal title. It must be executed by the party, and obedience is compelled by proceedings in the nature of contempt, attachment or sequestration. On the other hand, where the suit is strictly local, the subject-matter is specific property, and the relief, when granted is such that it *must* act directly upon the subject-matter, and not on the person of the defendant, the jurisdiction must be exercised in the state where the subject-matter is situated."

¹¹³ דוגמה יפה למגבלות הסעד האישי הניתן לגבי מקרקעין זרים מוצאים אנו בפסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים בפרשת **נאזי (לעיל, הערה 50)**. השאלה המשפטית שעמדה במרכז הדיון הייתה כלום יש לרשום קרקע במזרח ירושלים מכוח פסק-דין שניתן בהסכמת הצדדים על-ידי בית-משפט השלום בבית-לחם. השופטים טל וברנר, בפסק דינם המשותף, בהשיבם לשאלה הנ"ל בשלילה, עושים הבחנה ברורה בין תוקפו של הפסק מבית-לחם במישור הפרסונלי כלפי הצדדים, מחד, ובין היעדר יכולתו לחייב את רשם המקרקעין, מאידך:

"נניח, בעקבות ב"כ המערער, שהסכמתם של הצדדים להתדיין... בפני בית משפט השלום בבית לחם, הקנתה לו סמכות. סמכות זו פירושה שפסק הדין מחייב אישית את הצד שיצא מחוייב בבית המשפט, ואם נתחייב להעביר את זכויותיו בקרקע עליו לעשות כן, בדרך הרגילה (לפתוח תיק, לחתום על שטר מכר, לשלם תשלומים החלים עליו וכד'). ואם יו"ר ההוצאה לפועל בישראל אישר את פסק הדין לפי 'צו העזרה המשפטית', פירוש הדבר שהזוכה יכול להוציא [צ"ל "להוציא"] - א' ב' לפועל נגד החייב בישראל. ובענייננו, יכול הוא לכפות על המוכרים שיעבירו לו הם (או כונס הנכסים במקומם), את זכויותיהם בלשכת רישום המקרקעין, בדרך ובנוהל

פעולה מצד הנתבע¹¹⁴. כאשר אין בהליכי ביזיון בית-משפט או באמצעים אישיים אחרים כדי לגרום לנתבע לבצע את הרישום, הופך הצו לעקר ובלתי-יעיל¹¹⁵.

יתר-על-כן, לא זו בלבד שאופייה החריג של ה-equitable jurisdiction בקשר למקרקעין זרים מגביל את תוקפם של הצווים הניתנים מכוח הסמכות האמורה, אלא שאופי הסעד המבוקש משמש כקריטריון בשאלת עצם קיום הסמכות, קריטריון הפועל לצמצום היקפה. מקום שמתבקש סעד קנייני במהותו (directly affecting the land), יפעל הכלל בדבר היעדר סמכותו של ה-non-situs court לדרון בקרקע זרה במלוא עצמתו, והתביעה תידחה על הסף¹¹⁶. דוגמא מובהקת לסעד שכזה הוא צו המורה על רישום הקרקע על שם התובע¹¹⁷. הצו עצמו, אם יינתן, עלול להיות משולל-הכרה

ועל פי הכללים החלים בישראל על כל העברת זכויות כזו, אם אכן יש להם זכויות כאלה. אין הסכמת הצדדים לסמכות השיפוט של ביהמ"ש בבית לחם מקנה לו סמכות לצוות על **רשם המקרקעין בישראל**, שלא היה צד לדיון לעשות רשום כלשהו בספרי רישום המקרקעין בישראל וכן אין בהסכמה המבוארת כדי להקנות לבית משפט השלום בבית לחם סמכות להצהיר על זכויות במקרקעין במדינת ישראל.
[...]

לשון אחר, כאשר ראובן ושמעון מקבלים עליהם עול שיפוטו סמכותו של בית משפט נכרי בקשר לתביעת מקרקעין, אומר להם בית המשפט הוא:

אין אני מוסמך לקבוע או להצהיר על זכויותיו של שמעון בקרקע הנמצאת במדינה אחרת ולא להורות או לצוות על רשם המקרקעין לרשום. אבל **אם** יש לשמעון זכויות כאלה הריני מחייב את שמעון להעביר זכויות אלה לראובן. ואז יכול ראובן להוציא לפועל נגד שמעון אם אמנם יש לו זכויות בקרקע אך לא נגד רשם המקרקעין (ההדגשות במקור - א' ב').

להתייחסות עקיפה למגבלות הסעד שיכול להינתן על-ידי בית-משפט ישראלי בסכסוך לגבי מקרקעין הנמצאים ביהודה ושומרון בפסק-דין **חיג'אלה (לעיל)**, הערה 57) ראה **להלן**, הערה 201.

¹¹⁴ לאפשרות עקיפת הצורך בשיתוף הבעלים הרשום לצורך ביצוע העברת זכויות בפרקטיקה של מסחר במקרקעין בישראל ובאזור יהודה ושומרון ראה **להלן**, הערה 189.

¹¹⁵ על בעיה זו (המכונה "conveyancing impasse") ראה Alden, **לעיל** הערה 73, בעמ' 601-602. דרך פתרון אפשרית לבעיה, אותה אימצו בתי המשפט בארה"ב במספר מקרים היא הטלת ביצוע הרישום על פקיד בית-משפט. דא עקא, הגישה השלטת בפסיקה שוללת תוקף מה-commissioner's deed המתייחס לקרקע זרה (**שם**, בעמ' 602-603). למצב דומה

באנגליה ראה פסק דינו של ה-High Court בעניין Webb (**לעיל**, הערה 105), בעמ' 1418. ¹¹⁶ ראה הקטע המצוטט **לעיל**, בהערה 112, מפסק-דין Fall. כן ראה: Alden, **לעיל** הערה 73, בעמ' 601.

¹¹⁷ כך, למשל, בפרשת 684-685, 3 W.L.R. 674, [1996] *Re Hayward* קבע ה-High Court האנגלי כי תביעת נאמן בפשיטת רגל להצהרה בדבר היות בית הנמצא באי מינורקה (Minorca) שבספרד חלק מנכסי פושט הרגל ולתיקון המרשם המקומי בהתאם, הינה בתחום סמכותו הבלעדית של בית-משפט ספרדי. התביעה סווגה כמתייחסת לזכות in rem לעניין סעיף 16(1) לאמנת בריסל. בית המשפט הוסיף שניתן היה להגיע לתוצאה זהה אף על-סמך סעיף 16(3) לאמנה, לפיו מוקנית הסמכות הייחודית לדרון בהליכים הנוגעים

במדינת ה-situs, אף אם מדינה זו מוכנה עקרונית להכיר בסמכות שיפוט לגבי מקרקעין זרים, בתנאים אותם סקרנו לעיל¹¹⁸. זאת אפילו כאשר ניתן לסווג את הצו כאישי¹¹⁹. בכך בא לידי ביטוי הפער הקיים, למיצער, בחלק מן השיטות, בין היקף הסמכות ביחס למקרקעין זרים אותה הן מוכנות להעניק לבתי המשפט שלהן ("הסמכות הישירה") ובין היקף סמכותן של מערכות שיפוט זרות בנושא, לצורך הכרה בהחלטותיהן ("הסמכות העקיפה")¹²⁰. מצב זה הוא פועל יוצא מן התפיסה, לפיה תוקפו של סעד כלשהו בסכסוך

לתוקף רישומים בפנקסים ציבוריים למערכת בתי המשפט של המדינה שבה מתנהלים הפנקסים (שם, בעמ' 685). ראה ברוח זו גם חוות דעתו של ה-Advocate General בעניין *Webb* (לעיל, הערה 105), בעמ' 1728. לעמדה דומה של המשפט הגרמני ראה לעיל, הערה 103.

¹¹⁸ ראה פסק הדין הקנדי *Duke v. Andler* [1932] S.C.R. 734 (החלטה של בית-משפט בקליפורניה, המורה על העברת זכויות בקרקע בקולומביה הבריטית מכוח חוזה מכר ששני הצדדים לו הינם תושבי קליפורניה, לא תוכר ולא תבוצע על-ידי מערכת בתי המשפט של קולומביה הבריטית). כדברי בית המשפט שם, בעמ' 741:

"...In this court it is pointed out that courts of equity held that where personal equities existed between parties over whom they had jurisdiction, though such equities might have reference to lands situate without the jurisdiction, they would give relief by a decree operating not directly upon the lands, but strictly *in personam*, and that such decrees would have been unenforceable in the foreign jurisdiction, and might have brought the courts decreeing them into collision with the former, within whose local jurisdiction the lands were situated."

כן ראה פרשת נאזי, לעיל הערות 50 ו-113. לדוגמה מובהקת לאפשרות התנגשות בין שתי מערכות שיפוט: זו הדנה במקרקעין הזרים וזו של מקום הימצאם השווה פסקי הדין הישראליים שדנו בקרקע ביהודה ושומרון (לעיל, הערה 57 ו-102) והחלטת בית המשפט בשכם בפרשת עבד אללה (לעיל, הערות 28, 81).
¹¹⁹ שם.

¹²⁰ "...English courts sometimes claim for themselves a wider jurisdiction than they are prepared to concede to foreign courts. Thus, English courts do not admit the jurisdiction of any foreign court to determine a person's title, under a will or otherwise, to English immovables, even though English courts sometimes determine the validity of wills dealing with foreign land. Again, the Supreme Court of Canada has held [in *Duke v. Andler* - E.B.] that a foreign equitable degree *in personam* relating to land in British Columbia, though based on the fraud of a defendant personally subject to the jurisdiction of the foreign court and therefore within the rule of *Penn v. Lord Baltimore*, will not be enforced in Canada" (Dicey & Morris, לעיל הערה 44, בעמ' 497; ראה גם את הפסיקה המוזכרת שם). לדין הגרמני ראה לעיל, הערה 83. להבחנה בין "סמכות עקיפה" ו"סמכות ישירה" ראה לעיל, הערה 21.

הנוגע לקרקע זרה יהא לעולם מצומצם לתחום גבולות הפורום¹²¹, ואילו כל פעולה בקשר לקרקע, שהיא "חיצונית" לפורום, תהא חייבת להיעשות על-ידי רשויות ה-situs בהתאם לדין המקום. הפסיקה האנגלית טורחת להדגיש כי אחד הרציונלים לחריג ה"שיפוט האקוויטבילי" לגבי קרקע זרה נעוץ בכך שאין הפעלת סמכות השיפוט בנסיבות אלה מחייבת יישומו של דין המקום, ויכולה להיעשות כולה על-פי כללי ה-equity של הפורום¹²².

זאת יש לציין: למעשה, מבוססת ההבחנה בין העניינים in rem ו-in personam, לצורך שאלת הסמכות לדון במקרקעין זרים, על "פיצולו" של הליך אחד, מעין-חפצי, למרכיביו ה"חפציים", מחד, וה"פרסונליים", מאידך¹²³. משמעות ההבחנה הינה "סיווג מחדש" (recharacterization) של תביעה (וסעד) (quasi) in rem לתביעה וסעד בעלי אופי אישי על-ידי בית המשפט¹²⁴. פעולת הסיווג האמורה נועדה לאפשר לבית המשפט לעקוף את מגבלות הסמכות לגבי קרקע זרה. דא עקא, לעתים קרובות - אם לא תמיד - נראה הסיווג החדש כמלאכותי למדי. הגבול בין realty ו-personalty

¹²¹ עמד על כך בית המשפט העליון של ארצות-הברית בפרשת *Fall* (לעיל, הערה 82), בעמ' 9:

"A court of chancery, acting *in personam*, may well decree the conveyance of land in any other state and may well enforce its decree by process against the defendant. But neither the decree itself nor any conveyance under it, except by the person in whom the title is vested, can operate beyond the jurisdiction of the court."

¹²² על כך נאמר בפסק-דין *Re Courtney* (לעיל, הערה 92), בעמ' 417-418:

"If, indeed, the law of the country where the land is situate should not permit, or not enable, the defendant to do what the court here might think it right to decree, it would be useless and unjust to direct him to do the act; but when there is no such impediment, the courts of this country, in the exercise of their jurisdiction, *act upon their own rules*, and are not influenced by any consideration of what the effect of such contracts might be in the country where the lands are situate, or of the manner in which the courts of such countries might deal with such equities." (Emphasis added - E.B.).

כן ראה הקטע המצוטט לעיל, בהערה 109, מפסק הדין בעניין *Dechamps*.

¹²³ לאלמנטים המרכיבים את ההליך המעין-חפצי ראה לעיל, הערה 47.

¹²⁴ ראה: Alden, לעיל, הערה 73, בעמ' 599. לאפשרות הגדרתו של פסק מעין-חפצי פעם כפסק-חפצי ופעם כפסק-גברא, לפי העניין ראה: וסרשטיין פסברג, לעיל, הערה 21, בעמ' 96.

בתביעות מקרקעין דק הוא, ולעיתים מיטשטש לחלוטין¹²⁵. ההבחנה בין פעולה "ישירה" כלפי מקרקעין זרים (שהיא אסורה) לבין "השפעה עקיפה" עליהם (שהיא מותרת) קשה לתפיסה וליישום¹²⁶. עצם הצדקתה העניינית של ההבחנה מוטלת בספק, בין היתר לאור מיעוט הליכים חפציים ממש, מחד, והרחבת השימוש בסעדים הצהרתיים, מאידך¹²⁷. "מבחן הרישום" נראה אף הוא בעייתי כקריטריון בלעדי לתחימת גדר הסמכות לגבי מקרקעין זרים¹²⁸. שעה שמתבוננים בחריגים לכלל הסמכות הבלעדית של ה-situs, קשה

¹²⁵ ראה מאמרו של Briggs על פסק-דין *Webb* (לעיל, הערה 105), בו מביע המחבר ביקורת על עמדת בית הדין האירופי, לפיה זכויות מן היושר אינן זכויות in rem, וכי תביעה להצהרה בדבר קיום זכויות אלה אצל התובע אינה נכנסת בגדר הסמכות הייחודית של מדינת ה-situs, כמצוות סעיף 16(1) לאמנת בריסל (שם, בעמ' 528-531).

¹²⁶ לדעת Alden (לעיל, הערה 73), "...it is intellectually dishonest to insist that a court can order a conveyance because title is not directly affected" (שם, בעמ' 607).

¹²⁷ עמד על כך בית המשפט העליון של מדינת אייווה (Iowa) בארצות-הברית:

"Although some courts have held that it is beyond the power of the court to affect the ownership of real estate in any way,... this view has been largely discredited. As one commentator has noted, most judgments operate in personam and their effectiveness flows from the fact that they provide for a final determination of the rights and obligations of people rather than property. [...]

[...]

Some courts which recognize the validity of decrees from other states requiring the conveyance of realty located in the situs state refuse to recognize foreign decrees which merely adjudicate ownership but do not order a conveyance to carry out the intended disposition. [...] *Currie* suggests that it has arisen primarily because, historically, courts have lacked an obvious procedural device for effectuating in the situs state a mere declaration of rights made by a foreign court - a situation which has now been remedied by the widespread use of the declaratory judgment. [...]

Consistent with this belief, the better reasoned cases have determined that, regardless of whether there is an order for conveyance, if a court having personal jurisdiction over the parties adjudicates their rights or obligations in reference to any *res*, wherever situated, its decree is entitled to full faith and credit in the situs state." (*In re Estate of Mack* 373 N.W. 2d 97, 99-100 (1985)).

וראה גם: B. Currie "Full Faith and Credit to Foreign Land Decrees" 21 *U. Chi. L. Rev.* (1954) 620, 622-623, 625.

¹²⁸ ראה: Briggs (לעיל, הערה 105), בעמ' 528.

להשתחרר מן הרושם כי הפעלת הסמכות כלפי קרקע זרה מכוח הלכת *Penn v. Baltimore* (ומקבילותיה במדינות אחרות) "seems... to be open to the strong objection, that the Court is doing indirectly what it dare not do directly"¹²⁹. בפועל, ספק אם ניתן לראות את הסמכות החריגה כמכוננת כלפי אישיות של הנתבע בלבד, מבלי "לגעת" בנכס הזר. בפסיקה אף ניתן למצוא, פה ושם, ניצנים של הכרה (או של נכונות עקרונית להכיר) בהחלטות זרות לגבי מקרקעין הנמצאים בתחום הפורום¹³⁰.

4. "כלל המקום" - סיכום הדין המצוי

התמונה המצטיירת בסוגיית היקף סמכות השיפוט לגבי מקרקעין זרים, תוכנה ומהותה, באספקלריה השוואתית, מתאפיינת אפוא במבוכה ובבלבול מושגים יותר מאשר במערכת כללים ברורה ומסודרת. מקור הבלבול נעוץ בעיקר בקושי בהתוויית גבולותיו המדויקים של ה-*situs rule*, הנובע מבעייתיות ההבחנה בין אלמנטים אישיים וחפציים של הליך מעין-חפצי לגבי מקרקעין. עם זאת, עצם הדומיננטיות של "כלל המקום" בסוגיית סמכות השיפוט הבינלאומית בענייני המקרקעין אינה מוטלת בספק. החשוב מכול בהקשר דנן, הגישה השלטת במשפט הפוזיטיבי של רוב השיטות שוללת אפשרות של קבלת סעד

¹²⁹ כלשונו של הלורד Esher בפסק הדין של בית המשפט לערעורים בעניין *Moçambique* (לעיל, הערה 90), בעמ' 404-405. ראה גם: *Dicey & Morris*, לעיל הערה 44, בעמ' 955.
¹³⁰ בניגוד לגישה שאומצה בפרשת *Duke v. Andler* (לעיל, הערה 118). כך, בעניין *Chapman Estate v. O'Hara* [1988] 2 W.W.R. 275, 280-284, קבע בית המשפט לערעורים של מדינת ססקציוואן (Saskatchewan) בקנדה, בדעת הרוב, תוך אבחון הלכת *Duke*, שאין לאפשר הגשת הליך בססקציוואן שמטרתו לקבל פסק הצהרתי בדבר זכויות בקרקע הנמצאת במדינה זו מכוח חוזה מכר. זאת לאחר שבית-משפט במדינת מניטובה (Manitoba) פסק כי החוזה בטל. פסק-דין מעניין המתייחס לאפשרות שבית-משפט זר ידון במקרקעין המצויים בארה"ב ניתן על-ידי בית המשפט העליון של אלסקה בפרשת *Abadou v. Trad* 624 P. 2d 287 (1981). נושא הסכסוך היה חוזה בין שני תושבי לבנון (שאחד מהם הפך מאוחר יותר לתושב ארה"ב) בנוגע ליחסי שיתוף בנכסי מקרקעין אשר כללו, בין היתר, חלקה באלסקה. בית המשפט נתן תוקף לתנייה בחוזה שהעניקה סמכות שיפוט בלעדית לבתי משפט בלבנון. בדונו בטענה כי תניית השיפוט בטלה ביחס לקרקע באלסקה, חזר פסק הדין על ההלכה כי בית-משפט לבנוני אינו מוסמך להעביר זכויות בקרקע בין הצדדים (שם, בעמ' 291). עם זאת, עולה מפסק הדין כי, עקרונית, לצו לבנוני המורה לאחד הצדדים להעביר את הנכס למשנהו יכול להינתן תוקף באלסקה, בכפוף לתנאים הכלליים להכרה ואכיפה של פסקי-חוץ (שם, בעמ' 292).
לסקירה כללית בסוגיית מתן נפקות לפסקים זרים בענייני מקרקעין, והקשיים המתעוררים עקב כך, על רקע ההלכות האנגליות, ראה: R.W. White "Enforcement of Foreign Judgments in Equity" 9 *Syd. L. Rev.* (1982) 630, 641-646. להכרה בהחלטות שיפוטיות בענייני מקרקעין בין המדינות האחיות של ארצות-הברית, מכוח הדוקטרינה של "full faith and credit", ראה לעיל, הערה 99.

"רישומי" הפועל במישורין כלפי קרקע זרה. במצב זה, ובהתחשב בכך כי הכלל בדבר היעדר סמכות שיפוט בענייני מקרקעין זרים נתפס ככלל של מדיניות משפטית¹³¹, שומה עלינו "להרים את מסכו" ולהידרש, באורח ביקורת, לשיקולים העומדים מאחוריו.

5. "כלל המקום" - רציונלים וביקורת

אין חולק, כי השיקול הראשון (הן מבחינה היסטורית והן מבחינת חשיבותו), המובא לטובת העיקרון המעניק סמכות שיפוט ייחודית בענייני מקרקעין ל"מדינת המקום" מקורו **בחשש מפני פגיעה בריבונותה של המדינה הזרה**, שבתחומה נמצאים המקרקעין. סמכותה הבלעדית של מדינת ה-situs נתפסת כביטוי ישיר ומיידי של ריבונות טריטוריאלית¹³². גישה זו מעלה את "הלכת מוזמביק" למעמד של עיקרון המשפט הבינלאומי הפומבי. ברם, ספק רב, אם עיקרון כאמור אכן קיים במשפט הבינלאומי המינהגי¹³³. באופן כללי, ניתן לומר כי בענייני סמכות השיפוט אין בנמצא הסדר מינהגי כלשהו¹³⁴. הכלל היחידי של המשפט הבינלאומי, התוחם את גבולות הסמכות הטריטוריאלית, מסתפק בהטלת איסור על הפעלת מוסדות השיפוט של המדינה בתחומי

¹³¹ ראה: Dicey & Morris, לעיל הערה 44, בעמ' 952.
¹³² כדברי בית המשפט העליון של גרמניה:

"Schon in der Ausschließlichkeit dieses Gerichtsstandes für unbewegliche Sachen spiegelt sich die Staats- und Gebietshoheit wieder. Der Staat duldet nicht, daß fremde Richter über die in seinem Bereich liegenden Grundstücke urteilen" (102 RGZ 251, 253 (1921)).

ובתרגום לעברית:

"כבר בבלעדיות הסמכות לגבי נכסי דלא נידי משתקפת הריבונות המדינית והטריטוריאלית. המדינה אינה סובלת כי שופטים זרים ידונו במקרקעין המצויים בתחומה".

בפסק-דין נוסף (103 RGZ 274, 277 (1921)) מדגיש בית המשפט הגרמני כי "קרקע והנכסים המחוברים אליה מהווים חלק בלתי-נפרד של שטח המדינה, בה הם נמצאים, יכולים להיות נתונים לשליטתה של מדינה זו בלבד, ורק היא מסוגלת לבצע פסק-דין לגבי מקרקעין אלה" ("Der Grund und Boden und die mit ihm fest verbundenen Sachen bilden einen untrennbaren Teil des Staatsgebiets, in welchem sie belegen sind, sie können nur der Herrschaft dieses Staates unterstehen und nur (er ist in der Lage, ein Urteil in eine solche Immobilie zu vollstrecken)".

¹³³ לדעות השוללות קיומו של עיקרון כזה ראה: Schröder, לעיל הערה 79, בעמ' 368, ה"ש 1580, וכן בעמ' 770 Geimer; לעיל הערה 21, בעמ' 129 Stein und Jonas; לעיל הערה 48 § 24, בעמ' 449-448 Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrechts, B. I; (Tübingen, 1982) 365-366.

¹³⁴ ראה: Geimer, שם, בעמ' 126.

מדינה זרה¹³⁵. אולם בתוך תחומה שלה רשאית כל מדינה לדון בכל עניין שהכרעה בו נראית לה נחוצה (בכפוף להסדר הסכמי אחר)¹³⁶, לרבות ענייני המקרקעין הזרים, ובלבד שקיימת "זיקה סבירה כלשהי" של העניין הנידון למדינת הפורום¹³⁷. כפי שמציינים בצדק מבקרי "רציונל הריבונות", אין הוא אלא בגדר רטוריקה משפטית ריקה מתוכן (juristische Deklamation). עצם הבירור של סכסוך אזורי הקשור למקרקעין זרים אינו גורע מאומה מריבונותה של "מדינת המקום" במישור הבינלאומי ומסמכותה על שטחה, לא כל שכן כאשר לצדדים לסכסוך זיקות משמעותיות למדינת הפורום דווקא (למשל, מכוח התושבות). כך גם תוצאות הבירור, שהן בהליכים מעין-חפציים - קביעת זכויות בקרקע בין שני הצדדים לסכסוך. הזכות הפרטית לחוד, השטח והריבונות לחוד¹³⁸. אין כל מניעה, כי מדינת ה-situs תיתן הכרה להחלטות שיפוטיות זרות, הנוגעות למקרקעין שבתחומה, מבלי שהדבר יקעקע את ריבונותה או את שלמותה הטריטוריאלית¹³⁹. תפיסה, המבססת את שלילת הסמכות של בית-משפט זר לדון במקרקעין שמחוץ לתחום שיפוטו על עצם "זרותו" אינה מתיישבת עם הרציונלים המקובלים להכרה ואכיפה של פסקי-חוק¹⁴⁰.

נימוק נוסף לייחוד סמכות השיפוט למדינת ה-situs קשור בטבורו לרציונל הקודם. הוא מושתת על שיקולי האפקטיביות של הפסק. ביסוד נימוק זה, המושתת על תפיסת הסמכות כפועל יוצא משליטה פיזית על הנכס (jurisdiction based on physical power)¹⁴¹, עומדת ההנחה כי רק למדינת מקום הימצאם של המקרקעין היכולת המעשית לבצע את הפסק (למיצער, ככל שמדובר בפעולה ישירה כלפי הנכס, כגון שינוי הרישום במרשם)¹⁴². לנוכח הצורך במימוש הפסק במדינת ה-situs, יהא הפסק שניתן ללא הסכמתה בבחינת פיסת נייר חסרת ערך¹⁴³. אין הצדקה כי זמן שיפוטי יקר יבזבז על

¹³⁵ ראה הערותיו של Geimer לפסק דינו של בית המשפט המחוזי של בון (LG Bonn) 4.10.1973, לעיל הערה 83, בעמ' 2189.

¹³⁶ שם.

¹³⁷ "Es genügt jeder sinnvolle (wie auch immer geartete) Inlandsbezug" Geimer, לעיל הערה 21, בעמ' 123. ראה גם שם, בעמ' 128-129.

¹³⁸ שם, בעמ' 254-255. כן ראה: Schröder, לעיל הערה 79, בעמ' 367.

¹³⁹ Geimer, שם, בעמ' 259-260.

¹⁴⁰ ראה: Schröder, לעיל, הערה 79, בעמ' 368-369.

¹⁴¹ ראה Alden, לעיל הערה 73, בעמ' 590, 594.

¹⁴² ראה: פסק דינו של בית המשפט העליון הגרמני ב-103 RGZ 274 (לעיל, הערה 132); Weintraub, לעיל הערה 73, בעמ' 415. כן ראה הערותיו של J.-M. Bischoff לפסק הדין של בית הדין האירופי בעניין Case 73/77 Sanders v. Van der Putte [1977] E.C.R. (1978) 388, 393 (105 Journal du droit international).

¹⁴³ "This exclusion of jurisdiction [over foreign immovables - E.B.] is justified on the basis that any judgment in rem that might be given would be totally ineffective unless it were accepted and implemented by the authorities in the situs" (Cheshire & North), לעיל הערה 75, בעמ' 376. יש הסוברים כי שיקול

הליך נטול תועלת מעשית¹⁴⁴.

שיקול חוסר האפקטיביות הגיונו עמו¹⁴⁵, והוא רלבנטי לגבי כל סוגי ההליכים, לאו דווקא בענייני מקרקעין. ואולם, תוקפו מוגבל, מטיבו, למצבים עובדתיים בהם אכן יהא הפסק נטול אפקטיביות במדינה בה אמורות להינקט פעולות למימוש. מקום שההנחה בדבר היעדר אפשרות לממש את הזכויות מכוח הפסק אינה מתקיימת, נשמט הבסיס מתחת לרציונל זה לשלילת הסמכות. שיקולי אפקטיביות נבחנים תמיד מנקודת מבטה של מדינת הפורום. אין להם משמעות מבחינת "מדינת המקום". לפיכך, אין שיקולים אלה נכללים במסגרת שיקולי ה-situs שעה שבוחנים את השאלה אם ראוי ליתן הכרה להחלטות שיפוטיות זרות בענייני קרקע מקומית. אחרת נוצר טיעון "מעגלי": הסמכות נשללת מחמת חוסר האפקטיביות של הפסק, ואילו הפסק אינו אפקטיבי משום שאין סמכות לתתו.

עוד רציונל לשלילת סמכות שיפוט לגבי מקרקעין הנמצאים מחוץ לפורום שם את הדגש על הקשר ההדוק בין החלטות שיפוטיות בענייני קרקע לבין שיטת המרשם, הנובע מן הצורך - הקיים במידה זו או אחרת בכל השיטות - לרשום זכויות במקרקעין כתנאי לקבלת הגנה מלאה עליהן. מתן תוקף לפסקים זרים על דרך רישומם בספרי המקרקעין עשוי לפגוע ב"טוהר המרשם", בדיוקן ובמהימנותו¹⁴⁶. זהו, למעשה, הפן המהותי של שיקול חוסר האפקטיביות, הנבחן מנקודת ראותה של מדינת ה-situs. ואכן, לכאורה יש בסיס לחשש כי התדיינות בחו"ל תביא לתוצאות שאינן מתיישבות עם הסדרי הרישום הנהוגים במקום הימצאם של המקרקעין ואף סותרות את תוכנן של הזכויות הקנייניות בקרקע, כפי שהן מעוצבות על-ידי "מדינת המקום". ברם, ספק אם חשש זה די בו כשלעצמו כדי לשלול סמכותו של ה-non-situs court באופן גורף. ראשית, אין מניעה כי הפסק הזר "יתורגם" לשיטת הרישום המקומית בהתאם לדרישותיה¹⁴⁷. בכך ניטל

האפקטיביות הוא הרציונל היחיד שיש בכוחו להצדיק את בלעדיותה של סמכות השיפוט של מדינת ה-situs (ראה הערותיו של A. Huet לפסק הדין של בית הדין האירופי Rösler v. Rottwinkel, בהקשר של פרשנות סעיף 16(1) לאמנת בריסל: 113 *Journal du droit international* (1986) 439, 444).

¹⁴⁴ ראה ברוח זו דברי השופט זילברג בפרשת **חאנזאליס (לעיל)**, הערה 11, בעמ' 268.

¹⁴⁵ עם זאת, יצוין כי גם עליו קמו עוררין. ראה, למשל: Stein und Jonas, לעיל הערה 7, בעמ' 381. לפי הגישה המובעת שם, עצם הצורך בעשיית פעולות במדינה הזרה לצורך מימוש הפסק, אף כאשר קיים חשש כי הצדדים ייאלצו להתדיין פעם נוספת ב"מדינת הביצוע", כתוצאה מאי-הכרתה בפסק, אינו יכול להצדיק את שלילת סמכות השיפוט. שיקולי האפקטיביות יכולים, לכל היותר, להילקח בחשבון בשיקול דעתו של בית המשפט בשאלת הפעלת סמכותו, במסגרת בחינת סוגית ה"פורום הנאות" לבירור התביעה.

¹⁴⁶ ראה: Weintraub, לעיל הערה 73, בעמ' 414; Alden, לעיל הערה 73, בעמ' 592; Schröder, לעיל הערה 79, בעמ' 374.

¹⁴⁷ "...A nonsitus decree can be shaped according to the relevant situs law to satisfy recording requirements and policies. [...] As long as situs requirements

העוקץ מן הטענה המבקשת לשמור על "טוהר הרישום". יש לזכור כי גם כאשר מדובר בהחלטה שיפוטית מקומית, אין בה, בדרך כלל, כדי לפטור את בעל הזכות מכוחה מן הדרישות הפרוצדורליות של הליך הרישום.¹⁴⁸ שנית, רציונל מהימנות המרשם אינו רלבנטי שעה שאין מדובר בצדדים שלישיים המסתמכים על הרישום, אלא בזכויות הצדדים המקוריים לעיסקה.¹⁴⁹ שלישית, תוקפו מוגבל, בעיקרו של דבר, למקרים בהם פסק בית המשפט הזור בזכויות במקרקעין שלא בהתאם ל-lex situs. לעומת זאת, אם קביעת הזכויות נעשתה בהתאם ל"דין המקום" המהותי, נעלם הבסיס מפני החשש מפני שיטת הקניין הנהוגה במדינה בה נמצאת הקרקע.¹⁵⁰

טענה נוספת, המועלית חדשות לבקרים כנגד ההכרה בשיפוט זר לגבי מקרקעין, היא כי שמירת הסמכות הבלעדית בידי "מדינת המקום" רצויה משום אופיים הייחודי של עניינים אלה, ההופך את הדיון בהם על-ידי שופט שאינו יושב במדינת המקום לבלתי-רצוי. אופי זה הינו, בראש ובראשונה, פועל יוצא של זיקתם ההדוקה במיוחד של נושאים קרקעיים למשפט הציבורי ולשיקולי המדיניות, זיקה הנובעת מהאינטרסים המיוחדים שיש למדינת ה-situs בקרקע הנמצאת בתחומה. האינטרסים האמורים הופכים את הסוגיה כולה לבעלת רגישות משפטית ומדינית יוצאת דופן. אל לו לשופט - כך הטענה - להכניס את ראשו בין ההרים וליטול לעצמו סמכות בעניינים של מדיניות ציבורית בכלל ומדיניות קרקעית בפרט של מדינה זרה.¹⁵¹ דא עקא, קשה לקבוע באופן פסקני כי נימוק זה (שאמנם אינו נטול משקל מסוים) די בו כדי לשלול לחלוטין את סמכותו של בית המשפט לגבי מקרקעין בחו"ל. ראשית, לא כל תביעה בענייני קרקע מעוררת שיקולי מדיניות, החורגים מדל"ת האמות של סכסוך אזרחי רגיל.¹⁵² שנית, משקלם של שיקולים אלה ראוי להיקבע לא במסגרת בחינת שאלת הסמכות הבינלאומית, אלא כחלק ממכלול הסוגיות הקשורות ב"תקנת הציבור" (ordre public).¹⁵³ כללי תקנת הציבור עשויים, מחד, לפעול למניעת הכרה בהחלטה שיפוטית זרה שפוגעת באינטרסים לגיטימיים של "מדינת המקום", ובכך להעניק להם הגנה מספקת; מאידך, יש שכללים אלה דווקא

are met and deeds are appropriately constructed and recorded, the exercise of jurisdiction by a non-situs court poses no unique dangers" (Alden, שם, בעמ' 593-592).

¹⁴⁸ ראה, למשל, פסק-דין אל הוארי (לעיל, הערה 50).

¹⁴⁹ "...This narrow rationale is irrelevant for cases that do not involve third parties with reliance interests to protect, but involve the rights and interests of the original parties" (Alden, לעיל, הערה 73, בעמ' 592).

¹⁵⁰ ראה: Hancock, לעיל הערה 73, בעמ' 347-346.

¹⁵¹ להצגת טיעון זה ראה: Schröder, לעיל הערה 79, בעמ' 371-369; Geimer, לעיל הערה 21, בעמ' 256-255; Alden, שם, בעמ' 596-595.

¹⁵² ראה: Alden, שם, בעמ' 610-609.

¹⁵³ ראה: Schröder, לעיל הערה 79, בעמ' 371-369; Geimer, לעיל הערה 21, בעמ' 250, 256-255.

מחייבים נטילת סמכות לגבי מקרקעין זרים, כדי להגן על אינטרסים לגיטימיים לא פחות של הפורום (על כך ראה בהמשך).

גם הטענה הכללית יותר, לפיה יש לשלול את סמכותו של ה-*non-situs court*, משום שאין הוא ערוך ואין הוא מסוגל לטפל בתביעות בענייני קרקע זרה, **בשל טיבן של תביעות אלה, הקשורות בטבורן למקום הימצאם של הנכסים**¹⁵⁴, אינה משכנעת. אף אם בתביעות אלה יש להחיל, במרבית המקרים, את "דין המקום" המהותי, ובהנחה כי דיני המקרקעין הינם דינים "קשים" בהשוואה לתחומי משפט אחרים (הנחה שאין לקבלה כמובנת מאליה), אין בכך כדי להצדיק שלילה גורפת של סמכות השיפוט הזרה¹⁵⁵. כך גם לגבי שיקולים פרקטיים נוספים, הנוגעים למידת התאמתו של בית המשפט לדון בקרקע זרה, כגון קרבת הראיות ונגישותם (*Beweisnähe*)¹⁵⁶ והצורך בביצוע "בדיקות מקומיות" (*on-the-spot inquiries*)¹⁵⁷. שיקולים אלה אכן פועלים לטובת העדפת ערכאות ה-*situs*, אולם לא ניתן לראותם כנימוקים מכריעים (כך, למשל, אין הם מביאים להענקת סמכות ייחודית לבית המשפט של מקום ביצוע העוולה בתביעות נזיקין)¹⁵⁸. לבסוף נציין, כי על רקע הקשיים ביישומו של ה-*situs rule* בסוגיית סמכות השיפוט הבינלאומית, עליהם עמדנו לעיל, במיוחד לנוכח קו הגבול המטושטש בין הכלל ובין חריגיו¹⁵⁹, ספק רב אם ניתן לקבל את הנימוק המהותי האחרון לכלל זה, הוא נימוק

¹⁵⁴ בספרות המשפטית הגרמנית משתמשים בהקשר זה בביטוי "חוסר סמכות מהותית" (*wesenseigene Unzuständigkeit*). ראה: Stein und Jonas, **לעיל** הערה 7, בעמ' 382. כדברי B. Ancel בהערותיו על פסק-דין Reichert (**לעיל**, הערה 87), "הסמכות הייחודית [של ימדינת המקום] על-פי סעיף 16(1) לאמנת בריסל - א' ב' מושתתת על ההנחה כי בתחומים מסוימים אין ערכאה היכולה להתחרות, מבחינת איכות העבודה השיפוטית עם זו אשר נמצאת בלב העניינים, הן מבחינת הערכת העובדות והן מבחינת יישום הדין" ("...La compétence exclusive repose sur l'observation que dans certaines) matières, aucun tribunal ne peut, en termes de qualité de travail juridictionnel, rivaliser avec celui qui, pour ainsi dire, est à pied d'oeuvre, que ce soit du point de vue de l'appréciation de faits ou de celui de l'application du droit". ראה: 80

Revue critique de droit international privé (1991) 154, 158.

¹⁵⁵ ראה: Geimer, **לעיל** הערה 21, בעמ' 253-251; Stein und Jonas, **שם**, בעמ' 382, ה"ש 7-8.

¹⁵⁶ Schröder, **לעיל** הערה 79, בעמ' 374-372.

¹⁵⁷ בית הדין האירופי ראה שיקול זה כבעל חשיבות מערכתית, משום שהוא בא להבטיח "ניהול משפט תקין": "In fact, actions concerning rights *in rem* in immovable property are judged according to the rules of the State in which the immovable property is situated since the disputes which arise result frequently in checks, inquiries and expert assessments which must be carried out on the spot, with the result that the assignment of exclusive jurisdiction satisfies the need for the proper administration of justice" (פרשת *Sanders*, **לעיל** הערה 141, בעמ' 2391-2390).

¹⁵⁸ Geimer, **לעיל** הערה 21, בעמ' 257-256.

¹⁵⁹ ראה על כך **לעיל**, הטקסט הסמוך להערות 130-125.

פשטות היישום וודאות התוצאה¹⁶⁰.

ראינו אפוא כי הנימוקים המועלים כהצדקה לייחוד הסמכות בעניינים קרקעיים ל"מדינת המקום" אינם כה קונקלוסיביים. כאן המקום לציין, כי המגמה הכללית, המאפיינת את התפתחותו של המשפט הבינלאומי הפרטי בעידן המודרני, היא של זניחה הדרגתית של כללים טכניים נוקשים ואימוץ גישה גמישה יותר, המתחשבת בזיקות והאינטרסים של הצדדים ושל שיטות ומערכות המשפט השונות. מגמה זו ניכרת הן בתחום ברירת הדין והן בסוגיית סמכות השיפוט. בנושא האחרון היא באה לידי ביטוי בהעברת הדגש מתפיסת סמכות המבוססת על שליטה פיזית לשיקולים הרחבים של סבירות והגינות¹⁶¹. לשיקולים אלה יש מקום גם לצורך קביעת סמכות שיפוט בענייני מקרקעין¹⁶². למעשה, מדובר בשיקולים הדומים באופן מהותי לאלה המופעלים במסגרת הדוקטרינה של

¹⁶⁰ "A final argument in support of the situs rule is the same argument that was used in support of all the territorial *First Restatement* rules in general: that they 'promise both certainty of result and ease of application.' In light of the uncertainties caused by the situs rule, this supposed advantage over the more uncertain modern doctrines could be debated, if not refuted" (Alden, *לעיל*, הערה 73, בעמ' 597).

¹⁶¹ בכיוון זה התפתחה פסיקתו של בית המשפט העליון בארצות-הברית. שני פסקי הדין החשובים, המאמצים את הגישה המבססת סמכות שיפוט על זיקות ואינטרסים מהותיים, תוך זניחת "מבחן השליטה" הם: *International Shoe Company v. Washington* 326 U.S. 310 (1945), וכן *Shaffer v. Heitner* 433 U.S. 186 (1977). המבחן לקביעת הסמכות, כפי שנקבע בפסקי דין אלה, מוצג יפה על-ידי Alden (*לעיל*, הערה 73), בעמ' 622-621.

"The test first enunciated in *International Shoe Co. v. Washington* and embraced by the Court in *Shaffer* has been variously described as one of 'minimum contacts,' 'fairness,' 'fair play and substantial justice,' or simply 'reasonableness.' According to the majority opinion in *Shaffer*, the current concept of jurisdiction requires a qualitative evaluation of the relationships between the defendant, the state, and the litigation. Although enunciated in dissent, Justice Brennan stated additional standards that are useful in analyzing *lex situs*. He would allow a state court to expand its jurisdiction when the cause of action involves an area in which the forum 'possesses a manifest regulatory interest,' or when a state has an interest in providing a forum for supervising the affairs of an institution 'that is purely the creation of that State's law.'"

להתפתחות ההלכה האנגלית בכיוון דומה ראה: וסרשטיין פסברג, *לעיל* הערה 21, בעמ' 201.
¹⁶² ראה שם, בעמ' 627-622.

forum (non) conveniens¹⁶³. גמישותה של "דוקטרינת שסתום" זו¹⁶³ מאפשרת להכניס בצל קורותיה גם את הרציונלים ל-situs rule, עליהם עמדנו לעיל. אמנם שקילת רציונלים אלה במסגרת הדוקטרינה עשויה להצדיק, במקרים רבים, את שלילת סמכותו של בית המשפט לגבי קרקע זרה, מפאת היותו "פורום לא נאות"¹⁶⁴. אולם מסקנה זו אין להסיק באופן אוטומטי. לצד השיקולים, הפועלים לשלילת סמכות השיפוט על מקרקעין בחו"ל, עומדים שיקולים אחרים, העשויים בנסיבות מתאימות להצדיק את נטילתה. זה המצב, למשל, כאשר לצדדים זיקה של ממש לפורום, למשל, מכוח תושבותם בו, וניתן להעניק להם סעד יעיל. מכל מקום, על שיקולי ה-situs לסגת שעה שקיים צורך אמיתי להעניק למי מהצדדים הגנה בפורום דווקא, וכאשר משמעות אי-נטילת הסמכות על-ידי בית המשפט היא פגיעה של ממש בזכותו של הצד המבקש את יומו בבית המשפט¹⁶⁵. בנוסף לשקילת שיקולי צדק "פרטיים", כאמור, הנבחנים מנקודת ראותם של הצדדים להתדיינות, מאפשרת תורת ה-forum (non) conveniens גם התייחסות ל"צדק המערכתי", על-פי האינטרסים המהותיים של מדינת הפורום מול אלה של ה-situs.

יוצא, אם כן, כי תפיסת הסמכות הראויה בענייננו מבקשת לשקול את משקלם היחסי של הזכויות, הזיקות והאינטרסים המגוונים, האופפים את נושא ההתדיינות. לעתים ייטו כפות המאזניים לצד אחד, ולעתים לצד האחר. ההכרעה אינה בבחינת "שחור-לבן" או "הכול או לא כלום", אלא היא תימצא לעולם ב"תחום האפור". דרך הבחינה, המסיטה את תשומת לבו של השופט מן השאלה הטכנית הפשוטה של מיקום הנכס לשאלה המורכבת של "נאותות הפורום" אמנם מקריבה את הוודאות המכנית המדומה של ה-situs rule, אך מבטיחה השגתו של צדק מהותי. מכאן הקולות בספרות המשפטית לביטול הכלל

¹⁶³ על דוקטרינת "פורום לא נאות" ראה לעיל, הערה 18.
¹⁶⁴ לאחרונה ניכרת מגמה בפסיקה הישראלית לצמצום האפשרות של הפעלת שיקולי "פורום לא נאות" כמכשיר להימנעות בית המשפט לדון בתביעה שמעורב בה גורם זר. הרציונל לכך "... מבוסס על התפתחויות שחלו בתקשורת ובדרכי התנועה המודרניים. בעבר קשיים שנגרמו לנתבעים, אשר נדרשו להתדיין בפני פורום זר, היו רבים ואמיתיים. אלה נבעו הן מקשיי הקומוניקציה והן מעלותם הרבה. בימינו, בעידן מטוסי הסילון, הטלפון הסלולרי, הפקסימיליה והאינטרנט, איבדו קשיים אלו חלק ניכר מעוצמתם. העולם כולו הולך והופך ליכפר אחד גדול, שבו למרחקים שבין מקום אחד למשנהו אין עוד אותה משמעות מכבידה כבעבר. לפיכך, אין להפריז במשקל שניתן לקשייו של נתבע לבוא עם עדין לארץ אחרת, ומכאן גם מתבקש שהנטייה להיעתר לטענת פורום לא נאות תלך ותקטן" (השופט אור בבר"ע 2705/97 הגבס א' סיני (1989) בע"מ נ' The Lockformer Co., פ"ד נב(1) 109, 114). כן ראה: רע"א 2903/96 מסיקה נ' דולנס, פ"ד נב(1) 817, 821; רע"א 2736/98 Habboud Bros. Co. נ' Nike International Ltd. (טרם פורסם).

¹⁶⁴ ראה ברוש זו: Stein und Jonas, לעיל הערה 48, § 24, בעמ' 449.
¹⁶⁵ זו דעתו של Geimer בהערותיו לפסק דינו של בית המשפט המחוזי בבון (LG Bonn) 4.10.1973, לעיל, הערה 83, בעמ' 2190. לדעה שונה של המשפט הצרפתי, שאינו מסייג את שלילת סמכות השיפוט הבינלאומית על קרקע זרה בשיקולי צדק ראה לעיל, הערה 84.

הנוקשה, הקושר את סמכות השיפוט בענייני מקרקעין, למדינת מקום הימצאם דווקא¹⁶⁶.

6. "כלל המקום" ביחסים בין ישראל והשטחים המוחזקים - האומנם?

נשאלת עתה השאלה, כלום יש במציאות היחסים הקיימים בין ישראל ובין השטחים המוחזקים כדי להצדיק, מן הבחינה העניינית, את החלת הכלל בדבר ייחוד הסמכות לבתי המשפט של ה-situs ביחסים אלה, לאור הרציונלים לכלל עליהם עמדנו בהרחבה לעיל. הפסיקה הישראלית, בפסק-דין לוי ובפסקי הדין שהלכו בעקבותיו¹⁶⁷, התייחסה לשאלה הנ"ל (תוך ניתוח "הלכת מוזמביק" האנגלית) והשיבה עליה בשלילה¹⁶⁸. הסיבה העיקרית למסקנה זו הייתה שפסקי ישראל בענייני מקרקעין "יכובד" באזור¹⁶⁹, ובכך מתבטל רציונל חוסר האפקטיביות של הפסק, העומד ביסוד שלילת סמכותו של בית-משפט לגבי קרקע זרה¹⁷⁰. דא עקא, כפי שראינו, נימוק זה כשלעצמו בעייתי הוא, משום שהוא משתית את ה"כיבוד" האמור על הצו מס' 348, אשר מטיבו כלל אינו מתאים לקליטת פסקים בעלי אופי קנייני¹⁷¹. ברם, קיים נימוק נוסף, רחב ומהותי יותר, לאי-החלת "הלכת מוזמביק" על מישור היחסים בין ישראל והשטחים המוחזקים, המשמש הוא עצמו בסיס לנימוק הקודם. זוהי הטענה לפיה "מערכת היחסים המשפטיים בין מדינת ישראל ובין השטחים המוחזקים ע"י צה"ל אינה מערכת יחסים משפטיים רגילה שבין שתי מדינות להן ריבונות, כל אחת, על שטחה"¹⁷². טענה זו מבוססת על העמדה המובעת על-ידי השופט זוסמן בעניין הירשברג ובפסקי דין אחרים¹⁷³, לפיה אין לחשוש מפני פגיעה בריבון הזר כתוצאה מהפעלת סמכות שיפוט ישראלית על תושבי השטחים המוחזקים מכוח הצו מס' 348, משום שכוחות הריבון הקודם בשטחים אלה ממילא מושעים עד לסיום התפיסה הלוחמתית¹⁷⁴. ודוק: על עמדתו של השופט זוסמן נמתחה ביקורת נוקבת,

¹⁶⁶ ראה: Alden, לעיל הערה 73, בעמ' 597-598, 631-632; Weintraub, לעיל הערה 73, בעמ' 460. אך ראה הצעת החוק של פרופ' לבונטין (לעיל, הערה 9), שלפי הסעיף 67(א) שבה "...אין פוסקים בישראל בזכות בדבר, או בזכות חפצא, הממוקמת מחוץ לישראל".
¹⁶⁷ ראה פסקי הדין המובאים לעיל, בהערה 57.

¹⁶⁸ שם.

¹⁶⁹ פסק-דין לוי, שם, בעמ' 54.

¹⁷⁰ "סיכומו של דבר - טעמו ונימוקו העיקרי של הכלל בדבר חוסר סמכותו של בית משפט לדון בתובענות בקשר למקרקעין מחוץ לתחום המדינה אינו מתאים למקרה דנן. ומשנפל הטעם, נפל הכלל עמו. לכן, דעתנו היא כי, גם מסיבה זו, יש סמכות בין-לאומית לבית משפט בישראל לדון בתובענה בקשר למקרקעין המצויים בשטחים המוחזקים" (הנשיא וייס בפרשת לוי, שם, בעמ' 54-55).

¹⁷¹ ראה דברינו לעיל, בהערה 57. כן ראה לעיל, הטקסט הסמוך להערה 68.

¹⁷² פסק הדין בעניין לוי, לעיל הערה 53, בעמ' 52.

¹⁷³ לעיל, הערה 50.

¹⁷⁴ בלשונו של השופט זוסמן בפרשת הירשברג, שם, בעמ' 620-621:

"בהתאם לכללי המשפט הבינלאומי הפומבי אין מדינה רשאית להפעיל סמכותה בתחומיו של ריבון אחר, וזאת כל עוד אין הוראה

המסכה את תשומת הלב לעובדה שהנמקתו מתעלמת מן המגבלות המוטלות על סמכותה של המעצמה הכובשת, ובפרט מן המגבלה על הפעלת כוחות השיפוט שלה, מגבלות הנובעות במישורן מזמניות הכיבוש¹⁷⁵. אכן, לביקורת זו בסיס מוצק לכאורה, ככל שהיא מתייחסת לעצם הרחבתה של סמכות שיפוטם של בתי המשפט הישראליים בשטחים

המעוגנת במנהג הבינלאומי או בהסכם, המתירה הפעלת סמכות כאמור... אולם כאן נתקיימה אחת מן הנסיבות בהן רשאית מדינה להפעיל כוחותיה, באמצעות צבאה, מחוץ לשטחה, כי הרי חלים כאן, לפחות, כללי המשפט הבינלאומי המגדירים תחומי סמכותה של מדינה המחזיקה בשטח, בעקבות מלחמה, אשר כתוצאה ממנה ניגפה בפניה המדינה שהחזיקה בשטח עד אותה עת... כוחותיו של השלטון, שחלש על השטח עד שנתחלפה השליטה בו, מושעים ומפקד כוחות הצבא הוא הנוטל לידי סמכויותיו של השלטון הקודם ומפעילן... [...] התוצאה היא, שאף-על-פי שהשטח המוחזק אינו חלק משטח המדינה ומבחינת סדרי הדין היא לכאורה מחוץ לתחום השיפוט של בית משפט ישראלי, מעשה של בית משפט ישראלי המבוצע בשטח המוחזק אינו פוגע בריבונותה של כל מעצמה אחרת... רעיון זה מונח ביסוד ההיתר להמציא כתב-בי-דין ישראלי בשטח המוחזק, בלא להיזקק למתן רשות על-פי תקנה 467 לתקנות סדר הדין האזרחי [כיום תקנה 500 - א' ב']. מקום שהכתב מומצא בשטח מוחזק בידי צבא ישראל, אי אתה חייב לחשוש לא מפני פגיעה בסמכותו של ריבון אחר ולא מפני הפרה של הלכות ברירת הדין, דבר שלשם מניעתו מותנית ההמצאה אל מחוץ לתחום השיפוט במתן רשות מיוחדת."

¹⁷⁵ ראה המקורות המובאים לעיל, בהערה 71. עיקרי הביקורת סוכמו יפה על-ידי Nathan (שם, בעמ' 111):

"The exercise on a *de facto* basis of some of the powers of sovereignty by the military government in control over occupied territory bears only limited resemblance to the powers of sovereignty exercised by the government of a sovereign state. Under international law the military occupant is not authorized to take action amounting to an extension of his sovereign power over the area administered and its inhabitants. The fact, therefore, that in the Administered territories powers of sovereignty are not exercised by any other state but Israel and that the exercise of the jurisdiction of the Israeli court over residents of the area (through service of legal documents) would not infringe the sovereign rights of any other sovereign state would appear to be irrelevant."

"The proposition of the Courts that the Israeli courts כי במקום אחר מציין המחבר כי are competent to extend civil jurisdiction over the residents of the Administered Territories could justify the unlimited extension of sovereign powers of Israel over the territories or their inhabitants for the very reason that the extension of (שם) such sovereign powers would not affect the rights of another sovereign" (בעמ' 107).

המוחזקים. לאור האיסור הכללי על המדינה להפעיל את מוסדותיה השלטוניים מחוץ לתחומה הטריטוריאלי¹⁷⁶, ולנוכח אופיין המוגבל למדיי של סמכויות הכובש ספק אם ניתן לבסס סמכותה של מערכת השיפוט הישראלית המקומית באזור על שיקול אי הפגיעה בריבונות זרה לבדו. ברם, נדמה כי יסודו הרעיוני של רציונל ה"פגיעה בריבונות" לכלל בדבר היעדר סמכות לדון במקרקעין זרים אינו נעוץ בחשש מפני פגיעה ממש ברשויות השלטון של המדינה הזרה (חשש שלרוב אינו רלבנטי), אלא בשיקולי comity גרידא¹⁷⁷. אם בוחנים את עמדתו של השופט זוסמן מנקודת מבט זו (כפי שאנו מציעים לעשות), אין למצוא בה פגם משפטי או לוגי כלשהו.

אולם בכך לא די: נראה לנו כי ניתן להצדיק את העמדה האמורה גם מן הבחינה העניינית. הרי ביסוד האיסור, המוטל בדרך כלל על הכובש, להפעיל את בתי המשפט שלו עצמו בשטח המוחזק על ידיו, עומדת ההנחה לפיה בתי המשפט המקומיים בשטח ממשיכים בפעולתם הסדירה¹⁷⁸. עם זאת, הנחה זו אינה, מטבע הדברים, בגדר חזקה חלוטה: היא חלה כל עוד מערכת המשפט המקומית מתפקדת, הלכה למעשה, באופן סדיר¹⁷⁹. מקום שתפקוד זה נפגם, מסיבה כזו או אחרת, באופן הפוגע בצדק המהותי, מוטלת על המעצמה המחזיקה בשטח החובה לספק תחליף הולם, בדמות ערכאות מטעמה¹⁸⁰. אמנם

¹⁷⁶ ראה לעיל, הערה 135 והטקסט הסמוך לה.

¹⁷⁷ ראה פרשת *Moçambique* (לעיל, הערה 80), בעמ' 627. כן ראה: לעיל, הערות 133 ו-134 ("הלכת מוזמביק" ומקבילותיה אינן בגדר עיקרון המשפט הבינלאומי המינהגי); הערה 131 (מקור ההלכה בשיקולי מדיניות משפטית).

¹⁷⁸ "Under international law and practice the ordinary civil jurisdiction of the local indigenous courts of justice in the occupied territory remains unaltered subject to the supervision of the military government..." (Nathan), לעיל הערה 71, בעמ' 111.

¹⁷⁹ "...provided that the local courts continue to function and their judges are 'Civil litigation (שם) capable of functioning and willing to continue in office' will usually be left almost entirely to the operation of the indigenous courts, providing of course that the local judges and magistrates continue to exercise their duties and the legal machinery remains intact" (M. Greenspan *The Modern Law of Land Warfare* (Berkeley & Los Angeles, 1959) 242-243).

¹⁸⁰ עמד על כך המלומד Wolff במאמרו על מעמדם של בתי משפט מקומיים בשטח כבוש:

"Apart from the possibility of establishing new kinds of courts - if justified by absolute necessity - the occupant has the power to substitute courts of his own to the Municipal Courts. Public order and safety, for which, according to Art. 43 of the Hague Convention, the occupant is responsible, require that the administration of justice be not discontinued, and if - for one reason or other - the Municipal Courts do not work, it is the right and the duty of the occupant to provide other courts." (E. Wolff

הכוונה המקורית והעיקרית בהקשר זה הינה, ללא ספק, להקמת ערכאות שיפוטיות בתוך השטח המוחזק¹⁸¹, אך נדמה כי כאשר המטרה של הבטחת ניהול משפט צדק מושגת טוב יותר על-ידי העברת הדיון לבתי המשפט של המדינה הכובשת - או, במילים אחרות, כאשר בתי משפט אלה הם הם הפורום הנאות לבירור התובענה - לא יעמדו כללי המשפט הבינלאומי לרועץ¹⁸². בהקשר זה מן הראוי להצביע על נקודות מספר, הנוגעות למידת התאמתן היחסית של שתי מערכות השיפוט ה"מתחרות" - הישראלית והמקומית - לבירור הסכסוכים בהם עסקינן:

קיים פער משמעותי ב"איכות ההליכים" בין מערכת השיפוט המקומית ביהודה ושומרון ובין המערכת הישראלית. איכותה הירודה של המערכת המקומית גרמה להסטה הולכת וגוברת של ההליכים לבתי משפט ישראליים, אף ביוזמת תושבים מקומיים¹⁸³. הידרדרותה ההדרגתית של המערכת המקומית גרמה לכך שתפקידה המעשי בהכרעה בסכסוכים, גם כאשר שני הצדדים הם תושבים מקומיים, הפך למוגבל ביותר.

הדברים נכונים ביתר שאת לגבי הליכים בהם מעורבים אזרחים ישראליים. כבר בתקופה שקדמה לאינתיפאדה, היו סיכויי אזרחים ישראליים לנהל הליך הוגן בפני בית-משפט מקומי באזור קלושים¹⁸⁴. עם פרוץ האינתיפאדה הפכו בתי המשפט המקומיים, הלכה למעשה, לבלתי-נגישים בפני ישראלים, לא כל שכן בעניינים הקשורים לקרקע. אווירת האוימים והאלימות (עד כדי מעשי רצח ממש) כלפי משתפי הפעולה עם ישראל בכלל, וכלפי מוכרי הקרקעות לישראלים בפרט, יצרה אקלים בלתי-אפשרי לבירור ענייני של סכסוכים בנוגע לקרקע, בהם מעורבים צדדים או אינטרסים ישראליים, בפני בתי המשפט המקומיים¹⁸⁵. בהקשר זה מן הראוי להזכיר את הליכי חקיקתו, לאחרונה, של "חוק בעלות

"Municipal Courts of Justice in Enemy Occupied Territory" 29 *Transactions of the Grotius Society* (1943) 99, 113).

¹⁸¹ ראה שם, בעמ' 113-114.

¹⁸² לגישה הרואה בהוראות הצו מס' 348 משום הפרה של כללי המשפט הבינלאומי, תוך היקש מסעיפים 64 ו-66 לאמנת ג'נבה הרביעית, ראה Nathan, לעיל הערה 71, בעמ' 115-112. מעניין לציין כי המחבר המלומד לא החיל גישה זו, כאשר דן הוא עצמו, בתפקידו כשופט בית המשפט המחוזי בירושלים, בסוגיית סמכות השיפוט של בית-משפט ישראלי על תושבי השטחים בה"פ (י-ס) 748/82 ג'בור נ' חניתן, פ"מ תשמ"ג(א) 499, אלא השתית את החלטתו להימנע מן הדיון על תורת "פורום לא נאות" (שם, בעמ' 505).

¹⁸³ ראה: Benvenisti, לעיל הערה 20, בעמ' 23. לביקורת על תפקודם של בתי המשפט המקומיים באזור, מנקודת מבט פלסטינית, ראה: R. Shehadeh *Occupier's Law* -

Israel and the West Bank (Washington, D.C., revised ed., 1988) 79-84

¹⁸⁴ כך, למשל, בפרשה שנדונה בעניין חיג'אלה (לעיל, הערה 57) ניסתה החברה הישראלית להגן על זכויותיה בפני בית-משפט בשכם, באמצעות שכירת שירותיו של עורך-דין ערבי ישראלי, אולם מאמצים אלה עלו בתוהו לאחר שבוצע ניסיון התנקשות בחייו של עורך הדין והוא התפטר מייצוג החברה.

¹⁸⁵ ראה דבריו של השופט בזק בפרשת חיג'אלה (שם).

זרים על נדל"ן בפלסטין" ברשות הפלסטינית. הצעת חוק זו, אשר עברה שלוש קריאות במועצה הפלסטינית והוגשה לאישור סופי ליו"ר הרשות, מבקשת להטיל עונש מוות על מוכרי הקרקעות ל"כובשים" (שהגדרתם כוללת, למעשה, כל גוף ישראלי), ולבטל ab initio, ואף למפרע, כל עסקה כאמור שנעשתה או תיעשה בעתיד¹⁸⁶. לא יכול להיות ספק כי חרף העובדה כי החוק טרם נכנס לתוקף, יש לעצם אישורו על-ידי המועצה הפלסטינית השפעה מכרעת על בתי המשפט הפועלים בתחום הרשות הפלסטינית.

לעומת זאת, הרחיבו בתי המשפט הישראליים בהדרגה את תחומי עיסוקם על מכלול הנושאים הקשורים בשטחים המוחזקים. זאת לא רק לנוכח קריסתה של מערכת בתי המשפט המקומיים, אלא גם בשל ריבוי והידוק הקשרים, כלכליים ואחרים, בין ישראל גופה ובין השטחים. במצב זה נראה כי במרבית המקרים, בהם הנדונים בפני בתי משפט ישראליים סכסוכים הנוגעים לענייני השטחים, ניתן להצביע על קיום זיקות לישראל המצדיקות כשלעצמן הפעלת סמכותו של בית המשפט, בהתאם לכללים הרגילים המקובלים בפרקטיקה הבינלאומית¹⁸⁷. זאת בייחוד כאשר אחד הצדדים הינו ישראלי¹⁸⁸. לא זו אף זו: לנוכח הקשרים הקיימים בין ישראל והאזור, אשר הלכו והתהדקו עם השנים, ובהתחשב בקירבה הגיאוגרפית ביניהם, אין שיפוטם של בתי משפט ישראליים בענייני האזור מעורר קשיים מיוחדים במישור הפרוצדורלי והראייתי. כן יש לקחת בחשבון את המקורות המשותפים של שיטות המשפט של האזור ושל מדינת ישראל, בייחוד בתחום דיני הקניין, המקל על החלתם של דיני האזור, במידת הצורך, בבית-משפט ישראלי. מן הראוי להצביע גם על הדמיון הרב הקיים בין ישראל ובין האזור בכל הנוגע למבנה עיסקת מקרקעין "רגילה"¹⁸⁹ ולשיטת הרישום, המפחית את החשש בדבר

¹⁸⁶ לנוסח הצעת החוק, בתרגום לאנגלית, ראה אתר הרשות הפלסטינית באינטרנט: www.pal-plc.org/english/laws/estate.

¹⁸⁷ לפי דעתו של ברכה במאמרו (לעיל, הערה 7, בעמ' 123), "...ברור שהרחבה בלתי מוגבלת של השיפוט ללא כל צורך בזיקה כלשהי של הנתבע (או של התובע) אל המדינה - ושיפוט בלתי מוגבל כזה מוקנה לבתי המשפט בישראל ביחס לנתבעים הנמצאים בשטחים המוחזקים לפי פירושו של השופט זוסמן לתקנה 2 [לתקנות הישראליות המקבילות לצו מס' 348 - א' ב'] - אינה מקובלת על האומות בנות התרבות". עם זאת, מציין המחבר המלומד כי "הנוהג הבינלאומי מכיר בכוחה של מדינה להרחיב שיפוטתה גם על אנשים, הנמצאים בתחומי מדינה אחרת במקרים מסויימים ובהתקיים זיקות מסויימות ביניהם לבין אותה מדינה" וכי "אין... הגדרה מוסכמת של הזיקות, שמכוון ניתן להרחיב את כוח השיפוט של המדינה" (שם). ראה גם לעיל, הערות 134 ו-137.

¹⁸⁸ לזיקת התושבות או האזרחות של אחד הצדדים לישראל כמספקת לצורך הפעלת סמכות השיפוט הישראלית ראה פסקי הדין: ע"א 425/81 אבו עיטה נ' יעקבי (לא פורסם); אבו עטיה (לעיל, הערה 18), בעמ' 386, סלאימה (לעיל, הערה 18), בעמ' 414.

¹⁸⁹ ככלל, מקובל כי עיסקת מקרקעין בישראל ובאזור מבוצעת באמצעות שרשרת ייפוי כוח בלתי-חוזרים מן הבעלים הרשום אל הקונה. שיטה זו עשויה לפטור את הקונה מן הצורך בשיתוף הבעלים (או של "חוליות הביניים" בשרשרת) ברישום העיסקה. בכך נחסך הקושי האינהרנטי שבביצוע רישומים בספרי רישום זרים, המהווה לעתים אבן הנגף להפעלת סמכות שיפוט לגבי קרקע זרה (ראה לעיל, הערות 114 ו-115), והטקסט הסמוך. ראה גם פסק-דין של השופט גלעדי בת"א (ת"א) 140/88 אגודת מדרשת ישראל קדומים אילון מורה נ' משויכא (לא פורסם), שם נתקבלה תביעת התובעת להצהרה בדבר המשך

פגיעה ב"טוהר המרשם" של האזור כתוצאה מ"החדרתה" של פסיקה ישראלית לתוכו¹⁹⁰.

נקודת מוצאם של דברינו לעיל היא בעיקר המצב המשפטי אשר שרר באזור בטרם החתימה על הסכם הביניים. אולם אין להתעלם מכך שהסכם זה הביא לתמורות משמעותיות בהסדרים המשפטיים החלים בסוגיית סמכות השיפוט של הערכאות ה"מתחרות" השונות. לאור היעדר כללי סמכות בינלאומית ברורים ומוסכמים בין כלל מדינות העולם¹⁹¹, ברי כי יש בכוחו של הסכם הביניים לקבוע הסדרי סמכות כלשהם. כפי שכבר ציינו¹⁹², יוצא הנספח המשפטי להסכם מנקודת ההנחה, לפיה לא יהא בית-משפט פלסטיני מוסמך לדון בעניין שישראלי צד לו, בלא הסכמתו, אלא אם קיימות זיקות מיוחדות לרשות הפלסטינית (כגון הימצאות הקרקע נשוא הדיון בתחומה). הנספח המשפטי אינו מותיר ספק בדבר היעדר סמכותו של בית-משפט פלסטיני לדון בעניין הקשור לקרקע באזור C¹⁹³, בה מעורב גורם ישראלי¹⁹³. הנספח אינו מבחין בין תביעות

תוקפו של יפוי כוח בלתי-חוזר למכירת מקרקעין בשומרון, מבלי שנדונה כלל סוגיית ה"מקרקעין הזרים".

¹⁹⁰ כזכור, זהו אחד הרציונלים להלכה השוללת סמכות שיפוט לגבי מקרקעין זרים. ראה לעיל, הערות 146-150, והטקסט הסמוך.

¹⁹¹ ראה לעיל, הערה 134. כן ראה ברכה, לעיל הערה 7, בעמ' 123.

¹⁹² ראה לעיל, הערה 66, והטקסט הסמוך לה.

¹⁹³ שאלה פתוחה היא כלום משתרעת סמכותם הטריטוריאלית של בתי משפט פלסטיניים על ענייני קרקע באזור C. בעניין זה מן הראוי לציין כי על-פי הסכם הביניים מוגבלת סמכותם של מוסדות השלטון של הרשות הפלסטינית, בעניינים הקשורים לקרקע, לאזורים A ו-B בלבד. הסמכות אינה משתרעת על אזור C, בו נשמרות בידי ישראל מלאה הסמכויות בעלות אופי טריטוריאלי. סעיף XVII(2)(a) להסכם הביניים קובע, בחלקו הרלבנטי לעניין זה, לאמור:

"The territorial jurisdiction of the Council shall encompass... West Bank territory, except for Area C which, except for the issues that will be negotiated in the permanent status negotiations, will be gradually transferred to Palestinian jurisdiction...

Territorial jurisdiction includes land, subsoil and territorial waters, in accordance with the provisions of this

Agreement".

האם כוונת ההסכם בסעיף הנ"ל הינה לסמכות החקיקה בלבד, או שמא הוא טומן בחובו גם הסדר בעניין סמכות השיפוט (להבחנה בין שני המושגים ראה לעיל, הערה 21)? לכאורה, לאור היעדר חפיפה רעיונית ומעשית בין שני סוגי סמכות אלה בפרקטיקה הבינלאומית, אין להניח אוטומטית כי יש בהוראה זו כשלעצמה כדי לשלול את סמכות השיפוט של בית-משפט פלסטיני לגבי קרקע בשטח C. אנו מבקשים להשאיר שאלת גדר הפרשנות המדויקת של הסעיף XVII להסכם הביניים בצריך עיון. נציין רק כי, הלכה למעשה, מכיר קמ"ט רישום המקרקעין בהחלטות שיפוטיות של בתי משפט של הרשות הפלסטינית, הנוגעות למקרקעין באזור C, ונותן להן תוקף רישומי, בתנאי שאין מעורב בעניין גורם ישראלי כלשהו.

¹⁹³ דוק: חרף כוונתו הברורה של הסכם הביניים לשלול מבתי משפט פלסטיניים סמכות שיפוט לגבי ישראלים, מעורר ניסוחו קושי מסוים. מקורו נעוץ בהיעדר הגדרה ברורה של

אישיות ובין אלה בעלות אופי קנייני. במצב זה, ולנוכח העובדה כי באזור C אין בנמצא מערכת בתי משפט בעלת סמכות כוללת בענייני מקרקעין¹⁹⁴, הופך בית המשפט בישראל לערכאה המוסמכת היחידה בעניינים אלה. גישה אחרת תביא ליצירת סיטואציות בהן לא תהא ערכאה מוסמכת כלל ועיקר, והצדדים יוותרו ללא סעד. זהו מצב שאין הדעת סובלתו, משום שמביא לידי פגיעה קשה בעקרונות הצדק, העומדים ביסוד תפיסת הסמכות המודרנית¹⁹⁵.

עוד יצוין כי החקיקה הישראלית, שבאה ליישם את ההסכמים אותם כרתה ישראל עם אש"ף בדבר העברת סמכויות ביהודה, שומרון וחבל עזה, נתנה אף היא ביטוי לגישה המובאת לעיל. תקנה 2 לתקש"ח, שכותרתה "סמכות בית המשפט בעניינים אזרחיים", קובעת בס"ק (א) שבה, בנוסחו דהיום¹⁹⁶, כי "בית משפט או בית דין [ישראלי - א' ב'] לא יימנע מלדון בתובענה של ישראלי שהוא מוסמך לדון בה על פי דין, שעילתה מעשה או מחדל שאירעו בשטחי המועצה הפלסטינית, אף אם תושב שטחי המועצה הפלסטינית הוא נתבע או צד לה". ס"ק (ב) מסייג את ההוראה הנ"ל, בקובעו רשימת מקרים בהם יהא בית המשפט הישראלי רשאי להימנע מלדון בתובענה¹⁹⁷. אחד המקרים הוא כאשר "נושא

המונח "ישראלי" בהסכם סעיף XX(5) להסכם קובע כי "For the purposes of this Agreement, 'Israelis' also includes Israeli statutory agencies and corporations registered in Israel" (ההדגשה שלי - א' ב'). דא עקא, חלק הארי של פעילות רוכשי הקרקעות הישראליים באזור מתבצע באמצעות חברות "רשומות באזור", שמניותיהן מוחזקות בידי ישראלים. האם גם חברות אלה הינן בגדר "ישראלים" לצורך ההסכם, ולפיכך בתי המשפט הפלסטיניים משוללי סמכות לדון בסכסוך שהן צד לו? פרשנות ברוח זו אפשרית והגיונית היא, אם כי מחייבת "הרמת מסך" בין התאגיד ובין בעלי המניות בו. אולם לא ברור עד כמה דרך הפרשנות האמורה מתיישבת עם לשונו של הסעיף XX(5) הנ"ל להסכם הביניים.

¹⁹⁴ לסמכותם המוגבלת של בתי המשפט לעניינים מקומיים ובתי הדין הרבניים בתחום דיני הירושה, ראה לעיל, הטקסט הסמוך להערות 30 עד 36. סמכויות מסוימות בתחום המקרקעין מסורות לוועדת העררים, הפועלת מכוח הצו בדבר ועדות עררים (יהודה והשומרון) (מס' 172), תשכ"ח-1967 (קמצי"מ מס' 9, עמ' 350; נוסח מעודכן מצוי ב-: דיני התכנון, הבניה והמקרקעין באזור יהודה והשומרון (לעיל, הערה 3), בעמ' 536). אולם סמכותה של ועדה זו מוגבלת, בעיקרה, לסכסוכים בין הפרט ובין השלטון. חריג יחידי לכך הוא בכל הנוגע למקרקעין בלתי-רשומים, הנתונים להליך של "רישום ראשון". לגבי מקרקעין אלה, משמשת ועדת הערר כערכאת ערעור על החלטותיה של "ועדת רישום", הפועלת מכוח חוק רישום נכסי דלא נידי שטרם נרשמו מס' 6 לשנת 1964 הירדני. ועדת הרישום הינה בעלת סמכות ייחודית לדון "בכל ענין הנוגע לכל קרקע שהוגשה לגביה בקשה לרישום" (ראה סעיפים 6, 7 ו-7 ד לחוק הנ"ל, כפי שתוקנו והוספו בצו בדבר תיקון חוק רישום נכסי דלא נידי אשר טרם נרשמו (יהודה והשומרון) (מס' 448), תשל"ב-1971- (קמצי"מ מס' 29, עמ' 1188 (תשל"ג); לניסוח מעודכן ראה דיני התכנון, הבניה והמקרקעין באזור יהודה והשומרון (לעיל, הערה 3) בעמ' 548)). להליך רישום ראשון ראה לאחרונה בג"צ 189/99 עאמר נ' ארד (טרם פורסם).

¹⁹⁵ ראה לעיל, הערה 165.

¹⁹⁶ התקנה הוספה לראשונה לתקש"ח בחוק יישום ההסכם בדבר רצועת עזה ואזור יריחו (סמכויות שיפוט והוראות אחרות) (תיקוני חקיקה), התשנ"ה-1994, ותוקנה במסגרת חוק יישום הסכם הביניים.

¹⁹⁷ "הוראות תקנת משנה (א) אינן פוגעות בסמכות בית משפט או בית דין להימנע מלדון בתובענה במקרים הבאים...".

התובענה הוא מקרקעין המצויים בשטחי המועצה הפלסטינית¹⁹⁸. ממקרא הוראות אלה במשולב עולה כי אפילו לגבי "שטחי המועצה הפלסטינית" (בלשון הסכם הביניים - אזורים A ו-B) אין שלילה מוחלטת של סמכות בית-משפט ישראלי, גם כשנושא התובענה הוא נכס מקרקעין המצוי בשטחים אלה, אלא ההחלטה בדבר הסירוב לדון בתובענה מסורה לשיקול דעתו של בית המשפט¹⁹⁹. יש בכך אישור עקיף לעמדת הפסיקה בדבר קיום סמכות עקרונית בידי בית-משפט ישראלי לגבי מקרקעין ביהודה ושומרון, לא כל שכן באזור C.

על רקע האמור, נראית גישתם של בתי המשפט בישראל, אשר ראו עצמם מוסמכים לדון בסכסוכים אזרחיים הקשורים לשטחים המוחזקים, ובכלל זה, בענייני מקרקעין המצויים ביהודה ושומרון, כנכונה. אף אם הרחבת הסמכות מכוח הצו מס' 348, בסמוך לתפיסת השטח בתפיסה לוחמתית, הייתה בעייתית מנקודת מבטן של הלכות המשפט הבינלאומי, עם חלוף הזמן והידוק הקשרים בין השטחים ובין ישראל פחתה עוצמת הפגם בהדרגה, עד שניתן לומר כי נעלם כמעט לחלוטין. במצב זה אך טבעי הוא כי אין בתי המשפט הישראליים, בדונם בתביעות המתייחסות לאזור, ממקדים את תשומת ליבם העיקרית בשאלת **עצם קיומה של סמכות השיפוט**, אלא בסוגיית **השיקולים להפעלתה או אי-הפעלתה**, בהתאם לאמות המידה של דוקטרינת ה"פורום הנאות". כך בעניינים אזרחיים בכלל, וכך גם בענייני מקרקעין²⁰⁰.

שיקולים כאמור מביאים, בדרך כלל, למסקנה כי, מקום שמעורב בתביעה גורם ישראלי משמעותי, הפורום המתאים לדון בה הוא בית-משפט בישראל²⁰¹.

¹⁹⁸ השווה לסעיף III(2)(b) לנספח המשפטי להסכם הביניים (לעיל, הערה 66).
¹⁹⁹ צוין כי נוסחה המקורי של תקנה ב2 (ב) לתקש"ח, כפי שהותקנה בשנת 1994, היה שונה. הנוסח המקורי דיבר בלשון שלילה מוחלטת של סמכות בית-משפט ישראלי לדון במקרקעין המצויים בתחומי הרשות הפלסטינית, ללא שיקול דעת כלשהו ("הוראות תקנת משנה (א) לא יחולו..."). נדמה כי שינוי הנוסח במסגרת החוק יישום הסכם הביניים מעיד על כוונת המחוקק הישראלי להעניק שיקול דעת רחב לבית-משפט בישראל בעניינים אלה.
²⁰⁰ ראה, לדוגמה, פסקי הדין לוי (לעיל, הערה 57, בעמ' 57) וחיג'אלה (שם).
²⁰¹ שם. גישה שונה מוצאים אנו בהחלטתו של הנשיא זיילר, שניתנה לאחרונה בת"א (י-ם) 1820/96 קהתי נ' אל עפיפי (לא פורסם). באותו עניין נדונה תביעת של יזם ישראלי להצהרה על זכויותיו מכוח מכר בקרקע מאדמות הכפר נבי סמואל שמצפון-מערב לירושלים. המחלוקת נדונה תחילה בבית המשפט ברמאללה, ומאוחר יותר הועברה, בהסכמת הצדדים, לבית המשפט המחוזי בירושלים. בהחלטתו מצא אמנם השופט המלומד כי "...אין 'הלכת מוזמביק' עומדת לתובעים לרועץ בתביעה נגד תושב יו"ש ככל שהדברים מתייחסים לשאלת הסמכות", תוך אימוץ טענת התובע "...שמערכת היחסים שבין ישראל לשטחי יהודה ושומרון אינם ניתנים [כך במקור - א' ב'] להשוואה למערכת יחסים בין ישראל לבין מדינות זרות, משום שבאזור יהודה ושומרון הריבון הוא ישראל מכוח היות שטחים אלו כבושים מוחזקים ומנוהלים על-ידה". אולם המשך ניתוחו מביאו

מסקנה זו לא רק נכונה מבחינת שיקולי צדק מהותיים, אלא אף הולמת את הוראותיו ואת הגיונו של הסכם הביניים, המבקש להפריד בין מערכות השיפוט הישראלית והפלסטינית,

למסקנה כי בית המשפט בישראל איננו הפורום הנאות לבירור התביעה. השופט זיילר מביא מספר רב של שיקולים, המטים, לדעתו, את הכף, לטובת בירור העניין בפני בית המשפט ברמאללה. שיקולים אלה הם: היעדר שליטה אמיתית של בית המשפט הישראלי על הנתבע, שהוא תושב יהודה ושומרון; הימצאות הקרקע עצמה באזור; קיום הליך משפטי קודם ברמאללה; היות הדין המהותי, החל על הקרקע, דין האזור; הצורך לבצע פעולות שונות, המפורטות בייפוי הכוח שהוא הבסיס לעיסקה נשוא הדין, באזור, והיותן נשלטות, בשל כך, על-ידי הדין החל באזור; היות הסעד האמיתי המבוקש בתביעה, "סעד קרקעי" טהור ולא סעד אישי; "אפילו תינתן ההצהרה המבוקשת, הרי שבמסגרת אי האפקטיביות של פסק-דין ישראלי, ספק אם הוא יפעל כפסק-דין חפצא באזור בו נמצאת הקרקע, ונמצא שבמקרה הטוב לא פותר ההליך את נושא הבעלות על הקרקע כולה". ניתן לראות בנקל כי שיקולים אלה מסתמכים, למעשה, על אותם הרציונלים המועלים לטובת ה-situs rule, תוך הכנסתם של האחרונים "בדלת האחורית", באצטלה של שיקולי "נאותות הפורום". השופט זיילר מציין כי "הטענה העיקרית הנתענת נגד היזקקות לפורום הטבעי [בית המשפט ברמאללה - א' ב'] הוא הקושי שיש ליהודים במחלוקות קרקעיות עם תושבי יהודה ושומרון המוכרים קרקע". בהמשך הדברים קובע השופט המלומד לאמור:

"התובע הפנה בסיכומיו... לשינויים בדין שחל ביהודה ושומרון בעקבות חתימת הסכם הביניים עם הרשות הפלסטינית הכלול במנשר בדבר יישום הסכם הביניים (יהודה ושומרון) (מס' 7) תשנ"ו-1995. המנשר מעביר למועצה הפלסטינית חלק מכוחו וסמכויות של מפקד כוחות צה"ל לרבות כוחות חקיקה, שיפוט ומנהל... הסכם זה שהוראותיו אומצו בדין העניק לבתי המשפט הפלסטינים סמכות לדון בכל העניינים האזרחיים שעניינם תביעות מקרקעין הנמצאים בשטחים, גם כשצד לדיון הוא ישראלי. הוראה זו מתייחסת אמנם לקרקעות הנמצאות בתחומי הרשות הפלסטינית, בעוד שהקרקע נשוא הליך זה מצויה בשטח 'C' בו יש לישראל סמכויות אזרחיות וביטחוניות, ואולם החשוב לענייננו הוא שהמחוקק הישראלי גילה דעתו שאין בהענקת סמכות השיפוט לבתי משפט פלסטינים על ישראלים בענייני מקרקעין דבר הפוגע מכוח עצמו בישראלים.

על אחת כמה וכמה נכונים הדברים כשהמדובר הוא כאמור בקרקע המצויה בשטח 'C', שם יש לישראל גם שליטה אזרחית והיא בבחינת ריבון שיש לו גם סמכויות חקיקה. המעט שאפשר לאמר הוא שמצבם של ישראלים בשטח זה אינו גרוע ממצב ישראלים שצריכים להתדיין במנותק מחסות ישראלית בפני בתי משפט פלסטינים".

עמדתו הנ"ל של השופט זיילר תמוהה בעינינו, שכן היא מתעלמת מהוראות מפורשות של הסכם הביניים, שעניין הגבלת סמכות השיפוט של בתי משפט פלסטיניים ביחס לישראלים. הפרשנות המוצעת על-ידי השופט להסכם נראית לנו, עם כל הכבוד, מוטעית על פניה, ואין לראותה כהלכה מחייבת. גם השיקולים הנוספים, אותם מאמץ השופט המלומד במסגרת בחינת "נאותות הפורום", ספק אם יש בהם כדי להצדיק את התוצאה אליה הגיע, לאור השיקולים הנגדיים אותם הצגנו לעיל. עם זאת, יש לשים לב לכך, שהחלטה בעניין חיג'אלה, מעלה לראשונה (אמנם בעקיפין וללא הנמקה מפורטת) את בעיית תוקפו של פסק ישראלי לגבי קרקע באזור, במישור הקנייני, להבדיל מהמישור האישי, הבחנה שהפסיקה הקודמת לא התייחסה אליה כלל. הערתו של השופט כי הפסק הישראלי עשוי להיות נטול אפקטיביות מן הבחינה הקניינית עולה בקנה אחד עם עמדתו, לפיה קיים קושי משפטי של ממש בביסוס מתן נפקות באזור לפסק קנייני ישראלי על הוראות הצו מס' 348 (ראה לעיל, הערה 57).

תוך הכפפת ישראלים הנמצאים בשטחים המוחזקים, ככלל, לשיפוטם של בתי המשפט הישראליים בלבד.

כללם של דברים: הזיקות, הרציונלים והשיקולים שהוצגו לעיל מובילים למסקנה כי הפורום המתאים ביותר לבירור תביעות בנוגע למקרקעין ביהודה ושומרון, בהן מעורב צד ישראלי, הוא בית-משפט בישראל²⁰². משכך, נופל הנימוק המהותי לאי-הכרה בסמכותו של בית-משפט ישראלי בכלל העניינים הקרקעיים-קנייניים. יוצא כי, בהקשר של היחסים המיוחדים הקיימים בין ישראל ובין השטחים המוחזקים, אין משקלם של השיקולים העומדים ביסוד ה-situs rule, שהם בעייתיים כשלעצמם, יכול לגבור על משקלם של השיקולים הנגדיים, המביאים להכרה בסמכות בית המשפט הישראלי לזון במקרקעין המצויים בשטחים אלה. זאת בתנאי שהמקרקעין נמצאים בשטח בו לא הועברו הסמכויות האזרחיות לידי הרשות הפלסטינית (אזור C). יתרה מזו: לאור הוראות הסכם הביניים הופכת המסקנה הנ"ל להכרחית, לנוכח היעדר פורום מוסמך אלטרנטיבי לבירור ענייני מקרקעין באזור, שצד ישראלי קשור בהם.

7. מן הכלל אל הפרט: סמכות שיפוט בינלאומית לגבי מקרקעין זרים בענייני ירושה

הרחבנו לעיל את הדיבור על כלל ה-situs בהקשר הכללי של סמכות השיפוט לגבי מקרקעין זרים. הדגשנו כי קיים קשר הדוק בין סוגיה כללית זו ובין הנושא הספציפי של סמכות שיפוט בינלאומית בענייני ירושה (של מקרקעין). השיקולים בהם דנו במישור הכללי ישימים במלואם אף במישור הספציפי. ברם, לאור ייחודיותו של תחום הירושה, אין די בהצגת השיקולים הכלליים הללו. היבטיהם המיוחדים של ענייני ירושה, באספקלריה של סמכות שיפוט בינלאומית, מחייבים התייחסות נפרדת.

ראינו, כי בכפוף לחריגים מסוימים, ממשיך ה-situs rule לחלוש על ענייני מקרקעין במרבית שיטות המשפט, הן בשאלת סמכות השיפוט והן - ביתר שאת - בשאלת הדין המהותי. אולם בתחום הירושה - שאני. כפי שצינו, אפילו בשיטת המשפט האנגלי - הורתו מולידתו של "כלל המקום", אין הכלל נתפס כשולל סמכותם של בתי המשפט האנגליים על נכסי מקרקעין הכלולים בעיזבון, הנמצאים מחוץ לאנגליה²⁰³, תוך הבחנה בין סוגיות הסמכות והדין החל²⁰⁴. בארצות בהן נוהג ה-situs rule, הביקורת עליו

²⁰² למעט מקרקעין בלתי-רשומים הנמצאים בהליכי רישום ראשון (ראה לעיל, הערה 194).

²⁰³ ראה פסקי הדין המוזכרים לעיל, בהערה 96.

²⁰⁴ ראה, לדוגמה, פרשת *Ross* (שם): בית-משפט הדין בירושתו של אזרח אנגלי שמת באיטליה, מחיל את הדין האיטלקי על נכסי המקרקעין המצויים שם.

מושמעת במלוא עצמתה בענייני ירושה דווקא²⁰⁵. יצוין כי ביקורת זו מתמקדת לא בשאלת סמכות השיפוט, אלא בעיקר בנושא הדין החל²⁰⁶, בו שליטתו של "כלל המקום", ככל שמדובר בהעברות מקרקעין בחיים (inter vivos transactions) הינה, כאמור, יציבה ועמוקה יותר. אין ספק כי גל הביקורת על ה-situs rule ככלל ברירת הדין בירושת מקרקעין (ביקורת שהדים לה ניתן למצוא גם בפסיקה)²⁰⁷, השפיע על מנסחי האמנה בדבר הדין החל על ירושה, אשר אושרה בישיבה השישה-עשר של וועדת האג למשפט בינלאומי פרטי באוגוסט 1989 (להלן - אמנת האג)²⁰⁸. האמנה זונחת לחלוטין את כלל ה-situs ביחס למקרקעין ומאמצת את ההסדר של שיטת הירושה האחידה²⁰⁹. אף שהאמנה טרם נכנסה לתוקף, ואף שאיננה דנה כלל בנושא סמכות השיפוט (אשר הושאר בצריך עיון על-ידי הוועידה)²¹⁰ היא מייצגת, ללא ספק, מגמה חשובה במשפט הבינלאומי הפרטי המודרני. נדמה כי על רקע האמור, אין למצוא דופי בעמדתו של חוק הירושה הישראלי, המרחיב את סמכות שיפוטו של בית-משפט בישראל בענייני ירושה גם על נכסי המקרקעין של המוריש המצויים בחו"ל²¹¹. גישה דומה מאפיינת, למשל, את החוק האיטלקי החדש בדבר ברירת הדין²¹².

מסקירתנו עד כה נמצאנו למדים, כי הסדר הסמכות הבינלאומית בענייני ירושה בדין הישראלי אינו "סימטרי": בעוד שחוק הירושה מרחיב את סמכותו של בית-משפט

²⁰⁵ ראה מאמר הביקורת המסכם על המשפט האנגלי: J.H.C. Morris "Intestate Succession to Land in the Conflict of Laws" 85 *L.Q. Rev.* (1969) 339. כן ראה: R.J. Weintraub "An Inquiry into the Utility of 'Situs' as a Concept in Conflicts of Laws: A Critical Analysis" 52 *Cornell L.Q.* (1966) 1, 17-34 (לעיל, הערה 44).
בעמ' 1025.

²⁰⁶ שם.

²⁰⁷ ראה: 919, 925 *W.L.R.* [1986] 2 *Re Collens*. על הדרכים השונות בהן השתמשו בתי המשפט בארה"ב לעקיפת כלל ה-situs בענייני ירושת מקרקעין, מקום שתוצאות החלתו נראו בלתי-צודקות ראה: M. Hancock "Conceptual Devices for Avoiding the Land Taboo in Conflict of Laws: The Disadvantages of Disingenuousness" 1 *Stan. L. Rev.* (1967) 20.

²⁰⁸ Convention on the Law Applicable to Succession to the Estates of Deceased Persons, Aug. 1, 1989. נוסח האמנה מובא אצל שילה, לעיל הערה 11, בעמ' 197.

²⁰⁹ ראה: A.E. von Overbeck "La Convention du premier août 1989 sur la loi applicable aux successions pour cause de mort" 46 *Annuaire suisse de droit international* (1989) 138, 141. לביקורת על הפתרון שאומץ באמנת האג ראה: J. Schoenblum "Choice of Law and Succession to Wealth: A Critical Analysis of the Ramifications of the Hague Convention on Succession to Decedents' Estates" 32 *Virginia J. Int. L.* (1991) 83, 86-105.

²¹⁰ ראה: von Overbeck, שם, בעמ' 140-141.

²¹¹ ראה לעיל, הטקסט הסמוך להערות 8 עד 12.

²¹² ראה סעיף 50 לחוק (לתרגום לאנגלית ראה: Montanari & Narcisi, לעיל הערה 85, בעמ' 51-52).

ישראלי אף על נכסי העיזבון המצויים בחו"ל, אין הדין הישראלי מאפשר הכרה בצו-ירווה זר²¹³ (כלומר, היקף הסמכות הישירה רחב יותר מזה של הסמכות העקיפה)²¹⁴. אמנם, לאור הפרקטיקה הנהוגה, למיצער, בחלק מן השיטות, אין במצב האמור כשלעצמו פסול כלשהו²¹⁵, אך לאור הדמיון בנקודה זו בין הדין הישראלי והדין הירדני (אשר אף הוא אינו מאפשר הכרה בצווי ירושה זרים)²¹⁶, מן הראוי להתייחס לרציונלים של ההלכה, השוללת הכרה ישירה מפסקים זרים בענייני ירושה. השיקול המרכזי העומד מאחורי שלילת הכרה מפסקים אלה נעוץ באופיו הקנייני של הליך הירושה ובחשש מפני פגיעה בצדדים שלישיים, אם לא יפורסם ההליך כראוי²¹⁷. שיקול זה הגיונו בצדו. אולם נדמה כי בהקשר המיוחד בו עסקינן (תושבי ישראל המניחים במוותם נכסי מקרקעין באזור), פועל השיקול דווקא לטובת ניהול הליך הירושה כולו בישראל. ככל שמדובר בתושבי ישראל, אין בניהול ההליך בפני ערכאה באזור כל יתרון מבחינת אפקטיביות הפרסום. מסקנה זו תקפה במלואה לגבי תושבי ישראל היהודים, שכל הזיקות הרלבנטיות שלהם הן למדינת ישראל דווקא. בנוגע לירושת יהודים באזור, לא ברור כיצד ניהול הליך (שהוא בדרך כלל הליך נוסף, המתנהל לאחר שהושלם הליך מקביל בישראל, יכול לתרום באופן מעשי להשגת המטרות העומדות ביסוד הליכי הירושה. ודוק: לכאורה, לגבי ערבים ישראלים המסקנה עשויה להיות מסויגת יותר, לאור הקשרים המשפחתיים הענפים של האוכלוסייה הערבית בישראל ובאזור. אולם נדמה כי לאור השיקולים שהוצגו לעיל, נוטה בסופו של דבר, מאזן הנוחות והצדק לקיום ההליך בישראל, גם אם יש בו כדי להשפיע על זכויות של תושבי האזור הערבים. זאת במיוחד לנוכח העובדה כי אין הליך הירושה בגדר הליך *in rem* במלוא מובן המילה, אלא *quasi in rem* בלבד, שיכולתו לכבול צדדים שלישיים הינה מוגבלת²¹⁸. הדרך האלטרנטיבית של ניהול ההליך בערכאות הרשות הפלסטינית, אף אם מתעלמים משאלת סמכותן של ערכאות אלה על ישראלים, על-פי הסכם הביניים²¹⁹, נראית, באספקלריה של שיקול הפרסום, בעייתית יותר, מבחינת הבטחת הליך נאות, מאשר הדרך העוברת בבית-משפט ישראלי.

²¹³ ראה לעיל, הערות 53-56, והטקסט הסמוך להן.

²¹⁴ להבחנה בין שני סוגי הסמכות ראה לעיל, הערה 21.

²¹⁵ ראה לעיל, הערה 120.

²¹⁶ ראה לעיל, הערות 25-29, והטקסט הסמוך להן.

²¹⁷ כדברי השופט גולדברג בעניין אגם (לעיל, הערה 53), בעמ' 569:

"...אין להתעלם מיתרונה של המסקנה שאליה הגענו, שכן מביאה היא לכך שההליך של צו ירושה או של קיום צוואה יהיה גם במקרה כזה 'הליך מסודר, אשר נועד להביא לידיעת הציבור דבר מותו של אדם ודבר קיומו של הטוען לזכות בעיזבונו'... ו'בעיקר לאפשר לכל מעוניין בדבר, לרבות לטוענים הנוספים בזכות ירושה או לנושים, להגיש התנגדויות, לבקש מינוי מנהל עיזבון וכיוצא באלה'..."

השופט חשין מציין בפסק דינו (שם, בעמ' 571), כי "נושא הפירסום לציבור שלפי חוק הירושה הינו מסממני הליך שהוא הליך כלפי כל העולם, ונתקשית להבין כיצד עשויה שיטת משפט לוותר על פירסום (ותהא דרישת הפירסום בעניין פלוני פורמאלית ככל שהיה)".

²¹⁸ ראה לעיל, הערות 45-47.

²¹⁹ ראה לעיל, הערות 192-195, והטקסט הסמוך להן.

ו. ירושת מקרקעין על-ידי ישראלים ביהודה ושומרון - סמכות השיפוט והדין החל

ענייננו ברשימה זו הוא שאלת **סמכות השיפוט**. במהלך דברינו, טרחנו והדגשנו פעמים מספר את ההבחנה בין השאלה האמורה ובין השאלה האחרת, היא היא סוגיית הדין המהותי החל על הסכסוך המובא בפני בית המשפט המוסמך. תפקידם של כללי ברירת הדין להכריע בסוגיה זו, מקום שהמדובר בהליך משפטי המערב אלמנטים זרים. פועל יוצא מכך הוא הצורך להחיל, לעתים, מערכת דינים זרה בבית המשפט המקומי של הפורום. צורך זה הוא צורך טבעי, ואין להיבהל הימנו. כפי שציינו, אין בעצם הצורך להחיל משפט זר כדי לפגוע בסמכות השיפוט, מקום שיש בנמצא שיקולים של ממש לקיומה²²⁰. ואכן, חוק הירושה הישראלי יוצא מנקודת ההנחה של הפרדה גמורה בין הסמכות והדין המהותי²²¹. ביטוי מובהק לגישתו של המחוקק הישראלי מצוי בסעיף 138 לחוק הירושה, הקובע כי "נכסים העוברים בירושה לפי דין מקום הימצאם בלבד, יחול על ירושתם אותו דין"²²².

דיני הירושה בירדן מבוססים על העיקרון של ה"שיטה המפוצלת"²²³. בעוד שעל פי סעיף 4(א) לחוק עזבונות הזרים, יחול על ירושת המיטלטלין דין מקום מושבו של המוריש, מורה סעיף 9 לחוק כי ירושת המקרקעין תיקבע בהתאם לדין החל על ירושתם של ירדנים בני העדה המוסלמית. ביחס לקרקע מסוג "מולק"²²⁴ הדין הרלבנטי הוא הדין השרעי. לגבי קרקע מסוג "מירי", לעומת זאת, יחולו ההוראות של חוק ירושת מקרקעין העותומני משנת 1913 (להלן - החוק העותומני)²²⁵. חוק זה הינו קונגטי, והוראותיו גוברות על הוראות כל צוואה²²⁶. בכך בא לידי ביטוי עיקרון בסיסי של הדין העותומני, לפיו אין

²²⁰ ראה **לעיל**, הערה 155, והטקסט הסמוך לה.

²²¹ ראה **לעיל**, הערות 16-17, והטקסט הסמוך להן.

²²² על הסעיף ראה **לעיל**, הערה 77.

²²³ להבחנה בין השיטות ראה **לעיל**, הערה 12.

²²⁴ לסיווג המקרקעין, שמקורו בחוק הקרקעות העותומני משנת 1858, ראה: N.H. Chiha, *Traité de la propriété immobilière en droit ottoman* (Le Caire, 1906) 20 et s.; R.C. Tute *The Ottoman Land Laws* (Jerusalem, 1927) 1-16; וכן מ' דוכן **דיני קרקעות במדינת ישראל** (מהדורה שנייה, תשי"ג) 39-62.

²²⁵ ראה: Behrens, **לעיל**, הערה 22, בעמ' 79-80. נוסח החוק העותומני נכלל בתוספת לפקודת הירושה, שחלה בישראל טרם חקיקתו של חוק הירושה, ועודנה בתוקף באזור יהודה ושומרון (ראה **לעיל**, הערה 48). על החוק ראה: E. Nord *Die Reform des türkischen Liegenschaftsrechts* (München und Leipzig, 1914) 83-95, בעמ' 275-278.

²²⁶ ראה סעיף 21 לפקודת הירושה.

להעביר קרקע מירי בירושה על-פי צוואה, אלא על-פי דין בלבד.²²⁷

ניתן לומר כי, פרט למספר מועט ביותר של חריגים, כל המקרקעין באזור, בהם רכשו אזרחים ישראלים זכויות, הינם מסוג מירי. משמעות הדברים הינה כי על בית המשפט הישראלי, בכואו לדון בירושת אזרחים ישראלים להם נכסי מקרקעין ביהודה ושומרון, להחיל את הוראות החוק העותומני, בהתאם לאמור בסעיף 138 לחוק הירושה. נדמה כי מבחינתם של בתי המשפט, אין החלת החוק העותומני על ירושת נכסי מקרקעין באזור מעוררת קושי של ממש, שכן יש לזכור כי במדינת ישראל עצמה ממשיך דין זה לחול על ירושתו של מי שמת לפני תחילת תוקפו של חוק הירושה²²⁸, וההוראות המהותיות של החוק העותומני, בנוגע לאופן חלוקת העיזבון - שהן בבחינת העתקה מילולית כמעט של הסעיפים המקבילים בקודקס האזרחי הגרמני (ה-BGB)²²⁹ - דומות לאלו שבחוק הירושה. יצוין כי בעניין זה מוטלת האחריות על האפוסטרופוס הכללי להסב את תשומת לבו של בית המשפט לדין הנכון שיש להחילו.

דא עקא, בהתחשב בטיבם של הליכי הירושה ואופייה של שיטת הירושה הנהוגה בישראל, הוראה את כל נכסי העיזבון כמקשה אחת²³⁰, ניתן להניח כי לא תמיד יהא בית המשפט ער לחובתו, ויחיל על הירושה כולה את הדין הישראלי. השאלה הנשאלת היא כלום יש בכך כדי למנוע את ההכרה בצו הירושה הישראלי באזור, לצורך רישום הצו בספרי המקרקעין. תשובתנו לשאלה זו היא שלילית. אין זה מחובתו - ואף לא מסמכותו - של פקיד הרישום לבדוק בציציותיו של צו שיפוטי, ובלבד שניתן על-ידי ערכאה מוסמכת לכאורה²³¹. בוודאי שאין זה מתפקידו של רשם המקרקעין (לא כל שכן פקיד רישום עיסקאות במשרד הממונה על הרכוש הממשלתי) לבחון את נכונותו של הפסק השיפוטי. הדמיון המהותי שבין דיני הירושה הישראלים ובין הדין החל על ירושת קרקע מירי באזור עשוי אף הוא לשמש הצדקה עניינית להכרה בצו הירושה שניתן בישראל, שכן במצב זה, אין בהחלת הדין הישראלי כדי להביא להתנגשות עם שיקולי המדיניות, עליהם ביקשו להגן המחוקק העותומני והירדני²³². כאן יש לציין, כי בירדן עצמה קיימת

²²⁷ ראה: דוכן, **לעיל** הערה 224, בעמ' 250, 273-274. עקרון זה אושר על-ידי המחוקק הירדני בסעיף 9 לחוק השימוש והחזקה (התצ'ורף) בנכסי דלא נידי מס' 49 לשנת 1953.

ראה גם: Behrens, **לעיל** הערה 22, בעמ' 80-81.

²²⁸ ראה סעיף 157 לחוק הירושה. כן ראה: איזנשטיין, **לעיל** הערה 48, בעמ' 68.

²²⁹ ראה על כך: Behrens, **לעיל** הערה 22, בעמ' 80; Nord, **לעיל** הערה 225, בעמ' 83-84.

²³⁰ בהתאם לעקרון השיטה האחידה. ראה **לעיל**, הערה 12.

²³¹ ראה: ע"א 643/70 **בידרמן נ' מנהל עיזבון המנוח בידרמן**, פ"ד כה(2) 201, 205; ע"א 348/77 **הממונה על המרשם נ' ג'רג'ורה**, פ"ד לג(2) 493, 496. ראה גם יישום ההלכות הנ"ל בפרשת **נאזי (לעיל)**, הערה 50.

²³² ראה ברוח זו ניתוחו של Hancock (**לעיל**), הערה 73, בעמ' 346-350), בעניין המצבים השונים בהם מן הראוי ליתן הכרה לפסק זר בענייני מקרקעין. לדעת המחבר המלומד, במקרה בו "...a nonsitus court with jurisdiction over the parties has applied a rule of its domestic law which, though different from the law of the situs, does not

פרקטיקה של התעלמות מהוראות החוק העותומני מצד בתי הדין הדתיים, המחילים את הדין הדתי המוכר להם על כלל העיזבון. אמנם אין בידינו נתונים בדוקים על כך, אולם ספק רב בעינינו אם בתי הדין הרבניים הפועלים באזור²³³, המחויבים אף הם בהפעלת החוק העותומני שעה שדנים בירושת מקרקעין (ראה על כך **נספח ד'** הרצ"ב), אכן מחילים דין זה בפועל. מכל מקום, נראה כי יכולתם המעשית של בתי הדין, הדנים בעניינים שבסמכותם על-פי ההלכה היהודית, להחיל דין חילוני זר בענייני ירושה, הינה מוגבלת למדי, וודאי שהיא נופלת בהרבה מיכולתו של בית המשפט האזרחי, שהוא בעל מומחיות משפטית כללית, ובפרט בתחום דיני הירושה.

ודוק: דברינו אמורים **בצווי ירושה בלבד**. אין הם חלים על **צווי קיום צוואה**. כאמור, על-פי דיני האזור אין אדם רשאי לצוות קרקע מירי, והיא עוברת בירושה על-פי דין בלבד. מקום שיתן בית-משפט צו-קיום-צוואה, לא יהא לצו תוקף ביחס לקרקע מירי. במצב זה אכן מוסמך רשם המקרקעין לסרב לרשום את הצו, בהיותו "חספא בעלמא"²³⁴, ואין מנוס מקיום הליך ירושה חדש ביחס לאותם נכסים.

ז. סיכום, מסקנות והמלצות

הנושא הספציפי שעמד במרכז רשימה זו הוא סמכות בתי המשפט בתחום ירושת מקרקעין. אולם, במהלך דיוננו בהיבטיה השונים של הסוגיה חרגנו מדל"ת אמותיה, והרחבנו את היריעה בסוגיה הכללית יותר, היא היא שאלת סמכותם של בתי משפט בישראל לדון בעניינים הקשורים במקרקעין הנמצאים באזור יהודה ושומרון. נדמה לנו, כי לאור אופיין של השאלות בהן עסקנו, ולנוכח הזיקה המשפטית ההדוקה הקיימת ביניהן, הייתה חריגה זו הכרחית.

בתחילת דרכנו ראינו כי על-פי חוק הירושה הישראלי, מוסמך בית-משפט בישראל לדון בכלל ירושתו של תושב ישראל או של מי שהניח נכסים בישראל, אף אם חלק מנכסי העיזבון מצויים מחוץ לתחומה הטריטוריאלי של מדינת ישראל. לפיכך, מבחינת הדין

²³³ "conflict with any policy of the situs..." יש להכיר בפסק הזר, בדומה למקרה בו מחיל בית המשפט הזר את דין ה-situs (שם, בעמ' 349).

²³⁴ על בתי הדין הרבניים שהוקמו בהתיישבות הישראלית באזור ראה **לעיל**, הערות 31-33, והטקסט הסמוך להן.

²³⁴ כלשונם של השופטים ברנר וטל בעניין **נאזי (לעיל, הערה 50)**.

הישראלי לא קיימת, לרוב, בעיה של סמכות לדון בירושת אזרח ישראלי שהותיר במותו קרקע באזור²³⁵. אולם, עמדת הרשויות הישראליות באזור הייתה עד כה כי מבחינת דיני האזור אין ליתן נפקות לצו הירושה הישראלי, ויש צורך להיזקק להליך ירושה חדש באזור עצמו. דא עקא, כפי שראינו, אין באזור ערכאה בעלת סמכות כללית לדון בירושת ישראלים.

כן הסברנו, כי אין במצב החקיקתי הקיים ביהודה ושומרון כדי לספק תשתית משפטית למתן תוקף לפסקי דין ישראליים בעלי אופי קנייני, באמצעות רישומם בספרי המקרקעין. הסיבה לכך נעוצה בכך שהעזרה המשפטית בין ישראל והאזור בתחום של מימוש החלטות שיפוטיות מצומצמת להוצאה לפועל. אולם הסדר זה אינו רלבנטי ואינו ישים לגבי פסקים קנייניים, שדרך המלך למימושם היא דרך ההכרה הישירה. הדגשנו את הבעייתיות החמורה של מצב זה והצבענו על השלכותיו הרחבות. בחנו את השיקולים הענייניים מאחורי המצב הקיים. ציינו כי מן הבחינה הרעיונית, מושתת הוא על ההלכה, השוללת מבית המשפט סמכות לדון במקרקעין זרים, והמייחדת את סמכות השיפוט לגבי מקרקעין למדינת מקום הימצאם (ה-situs rule במישור הסמכות). סקרנו את עיקרי הלכה זו ואת חריגיה, באספקלריה השוואתית, ואת הרציונלים העומדים מאחוריה. התייחסנו לביקורת שנמתחה על רציונלים אלה. הסברנו, מדוע במסגרת היחסים המיוחדים, השוררים בין ישראל והאזור נחלשים הרציונלים הללו עד מאוד, ומאידך גובר משקלם של השיקולים המצדדים בהרחבת סמכות השיפוט של בתי המשפט בישראל גם בתחום הקרקעי-קנייני. בהקשר זה דנו בשינויים שחלו בהיקף הסמכויות של הערכאות השונות בעקבות הסכם הביניים. ראינו כי ההסכם שלל, למעשה, את סמכות שיפוטם של בתי המשפט המקומיים, הפועלים בתחומי הרשות הפלסטינית, על ישראלים, בכפוף לחריגים מסוימים שאינם חשובים לענייננו. במצב זה, הכרה בסמכות שיפוט בתי משפט בישראל בהליכים בעלי אופי מעין-חפצי הקשורים לאזור אף הולמת את הגיונו של הסכם הביניים.

צינו, כי לאחרונה נתן בית המשפט המחוזי בירושלים את ההחלטה בעניין קהתי²³⁶, הסותרת, לכאורה, את קו טיעוננו. החלטה זו נראית בעינינו בעייתית מאוד. התוצאה שאליה היא מביאה היא תוצאה קשה ובלתי רצויה. נדמה לנו, כי על רקע פרשת קהתי דווקא גובר הצורך בתיקון החקיקה, שיהא בו כדי להסיר ספקות בדבר היקף סמכותם של בתי המשפט הישראליים בעניינים קנייניים הקשורים לאזור.

סיכומם של דברים: אנו סבורים כי הפתרון ההולם לבעיות בהן עסקנו במסמך זה נעוץ בתיקונו של צו מס' 348, תוך הרחבת תחולתו גם על פסקים שאינם ניתנים להוצאה

²³⁵ גדר הסמכות של בית-משפט בישראל תורחב עוד יותר, אם תבוצע הרפורמה המוצעת על-ידי משרד המשפטים. ראה לעיל, הערה 20.

²³⁶ לעיל, הערה 201.

לפועל, על דרך קביעת הסדר של הכרה ישירה בפסקים אלה. יצוין כי לאור הספקות שהיו בעבר בנושא דנן, הצעתנו היא שהתיקון יחול למפרע, גם על פסקים שכבר ניתנו.

משפט המילניום

ארז חסון¹

קריאה בספרו של חיים כהן – "משפטו ומותו של ישו הנוצרי"^{2,3}

מבוא; דרכו של שופט; העובדות; המסגרת הנורמטיבית;
מאסרו של ישו; בבית הכהן הגדול; משפטו של ישו; מותו של
ישו; אפילו.

מבוא

פעמי המילניום וביקורו ההיסטורי של האפיפיור, הם בוודאי סיבה טובה לשוב ולחזור אל ספרו המרתק של השופט חיים כהן, בו הוא מנתח באזמל חד את משפטו של ישו הנוצרי תוך שימוש בכלים משפטיים והלכתיים. בעוד העולם הנוצרי חוגג מלאת 2000 שנים להולדת הגואל⁴, ננסה ללכת בעקבותיו של השופט חיים כהן ולברר באם האמונה

¹ רס"ן. לשעבר, עוזר יועץ המשפטי בעזה, מפקד המגמה לדין בין-לאומי ביה"ס למשפט צבאי. כיום, תובע בכיר בפרקליטות דרום-מז"י. בעל תואר ראשון במשפטים, האוניברסיטה העברית.

² חיים ה. כהן **משפטו ומותו של ישו הנוצרי** (הוצאת דביר, תל אביב – 1968).
במאמר זה אני מבקש לסקור את התיזה אותה מציג חיים כהן בספרו המאלף, בצירוף ביאורים, הערות שונות ועמדת הביקורת. אך מובן הוא כי אין בכוונתי או ביכולתי לדון בנושא מכל צדדיו – ואין סקירה זו אלא בגדר "מתאבן", שכל שיש בו הוא לגרות את טעמו של הקורא, ליטול לידי את הספר.

באשר להיכרות, ולו השטחית ביותר, עם חייו של ישו ומושגי היסוד בנצרות – מוטב להצטייד באחת מן הבשורות של הברית החדשה, למשל הבשורה הפותחת **מתי**, וכן בחוברת האוניברסיטה המשודרת: ד"ר אביעד קליינברג **הנצרות מראשיתה ועד הרפורמציה** (הוצאת משרד הבטחון, 1995).

³ עד שאנו משלימים את כתיבת מאמרנו והנה נתפרסם ספר נוסף בנושא, חיבורו של דוד הורביץ **חידה בת 2000 – האם אשמים היהודים במותו של ישו**. ככלל, מאמץ החיבור את גרסתו של חיים כהן לאירועי מותו של ישו. כמו כן, פרקים בספר על המחקרים השונים שעסקו בנושא וסקירה על עמדת הכנסייה בשנים האחרונות בשאלה.

⁴ ניתנת האמת להאמר כי אין דיוק מדעי באמירה זו. מחקרים מן המאה הנוכחית (ה - 20) מוכיחים כי למעשה ישו נולד לפחות בשנת 4 לפנה"ס! הכיצד? אכן הכרונולוגיה הנוצרית, לפיה מתנהל לוח השנה האזרחי, ראתה בלידתו של ישו הנוצרי כאירוע החשוב ביותר בהיסטוריה ולכן שנת האפס בספירה הנוצרית נקבעה כ "Anno Domini – שנת האדון". הנזיר דיוניסוס אקסיגוס, אשר הציע את השיטה, כתחליף לספירה המקובלת עד אז, מניין השנים

הנוצרית המקובלת לפיה האשם במותו של ישו רובץ על כתפיהם של היהודים, שעה שהנציב הרומאי, רוחץ בנקיון כפיו (ועוד נשוב, כמובן, בהרחבה אל פונטיוס פילטוס) - אשמה אשר בשמה נרדפו ועונו יהודים לכל אורך ההיסטוריה הנוצרית - יש בה ממשות משפטית.

ספרו של השופט חיים כהן הוא ניסיון אינטלקטואלי מרשים לנסות ולנתח בכלים משפטיים את האירועים המובאים בסיפורי הברית החדשה באשר למשפט שנערך לישו, בסופו הוצא להורג בצליבה, תוך שימוש בידוע לנו על המשפט הרומי וההלכתי. הספר מונה את תיאור היממה האחרונה בחייו של ישו, תוך התעכבות על סוגיות משפטיות המטרידות את העוסקים במשפט פלילי גם היום: האם הייתה כנגד ישו עילת מעצר תקפה? - האם הייתה לסנהדרין ולכהן הגדול סמכות עניינית לדון את ישו והאם היה בסמכותם לפסוק גזר דין מוות? - על איזו עבירה בעצם נשפט ישו ומהו העונש הקבוע בצידה? - מהם הכללים למוסד החנינה בעולם הרומי והאם ייתכן שהנציב הרומאי אכן הציט להעניק לישו חנינה, אותה דחו היהודים בשאט נפש? - כיצד הוצא לפועל עונש הצליבה במשפט הרומי והאם התיאור המופיע בברית החדשה הוא סביר?

השאלה, כך מסביר השופט חיים כהן בפתח ספרו, האם תיאור משפטו של ישו הנוצרי המופיע בספרי הברית החדשה, הוא "אמיתי" והאם אכן התקיים משפט כזה לנאשם ספציפי - איננה חשובה באמת. את בירור המשמעות של תיאורי הברית החדשה, מן הבחינה ההיסטורית או התיאולוגית, מותר הספר להיסטוריונים ולכהני הדת. נקודת המוצא שלו היא ניתוח משפטי של משפטו של ישו כמתואר בברית החדשה, גם אם המדובר באירוע היפותטי⁵.

שכן גם אם ההתייחסות אל חייו ומותו של ישו היא כאל עניין שבאמונה, הרי שליהודי קהילת וורמאיוזא אשר נמחתה במסע הצלב הראשון או ליהודי ספרד שעלו למוקד בטקסי האוטו דה-פה של האינקוויזיציה - שאלת אשמת היהודים במותו של ישו בוודאי לא הייתה היפותטית. האנטישמיות הנוצרית, כיוונה את חיציה הקטלניים אל היהודים, רוצחי האל. וגם אם בעשורים האחרונים נושבות רוחות הפיוס ביו היהדות לנצרות ואף זכורה גם הצהרתו של האפיפיור בדבר ניקוי היהודים מאשמת גרימת מותו של ישו - עדיין

לייסוד העיר רומא, קבע כי הולדת ישו הייתה בשנת 753 לייסוד רומא. אלא שמתברר כי בספירה הנוצרית, שהתגבשה בשנת 525, חלה טעות מצערת: על פי מקורות שונים בברית החדשה אנו רואים כי ישו נולד שעה שהמלך הורדוס עוד היה בין החיים, ואף ציווה להמית את הרך הנולד (ועל כן נמלטו יוסף ומריה עם התינוק למצרים - מתי 2 18-1). על סמך הצלבה עם אירועים שונים בהיסטוריה הרומאית, נתגלה כי הורדוס מת בשנת 749 לייסוד העיר רומא - כלומר 4 שנים לפני שנת 0 לספירה. המסקנה המתבקשת, כמובן, היא כי למעשה אנו נמצאים בשנת 2003 !!

לענין קביעת הספירה ולוח השנה האזרחיים, ראה: דניאל בורסטין **המגלים** (הוצאת כתר, ירושלים - 1983) 456-457, 20-21. ⁵ כהן, לעיל הערה 2, בע' 15-16.

מרחפות בחלל שורות הברית החדשה, לפיהן כאשר לא מצא פונטיוס פילטוס כל אשמה בישו ורחץ בנקיון ידיו – ענו היהודים: "דמו עלינו ועל בנינו"⁶. גם בפרוס שנת המילניום, אין אנו, כבני העם היהודי, רשאים להיבטל מבירור השאלה, האם אשמה קולקטיבית זו בה נתחייבו, כביכול, אבותינו, אכן רובצת על כתפינו.

דרכו של שופט

משנעברה המשוכה התיאולוגית ומשפטר את השאלה ההיסטורית – "היה או לא היה", כבלתי רלוונטית – אין לו לשופט חיים כהן, ולנו ההולכים בנתיבו, אלא ללכת בדרכו של שופט ולבחון את הראיות העומדות לפניו. והנה בזה חידושו הגדול של החיבור. שהרי אלפי ספרים נכתבו על חייו של ישו ורק מיעוטם הוקדשו לשאלת משפטו של ישו. ורק מתי מעט שבהם נכתבו מנקודת ראות משפטית צרופה, ואלו שיצאו לאור, נכתבו בידי נוצרים מאמינים אשר מקבלים את הבשורות בברית החדשה כעדויות שאין להרהר אחריהן. ואילו בספרנו בוחן השופט חיים כהן את המבשרים בברית החדשה, כעדים אשר יש ליישב בין עדויותיהם, ולפסול בהן חלקים הסותרים זה את זה או את הידוע לנו על אורחות המשפט דאז. ועוד עלינו לבחון את העדים המופיעים בפנינו ולהעריך את עדותם כמקובל – האם היו עדי ראייה לאירועים או סיפרו עליהם מפי השמועה? והיכן מסתיים התיאור העובדתי בבשורות והיכן מתחילה הפרשנות אותה נותנים המבשרים לאירועים? ומהי מגמתם בספרם והאם הם בגדר עדים מוטים או עדים ניטראליים?

מלבד העובדות, עלינו לבחון את השאלה ביחס לנורמה המשפטית הנוהגת. והנה, נשתמרו בידנו, ובמידה רבה מיושמים גם בימינו אלה, עיקרי המשפט הרומי הנוהג באותה תקופה ובוודאי יודעים אנו דרכה של ההלכה. את העובדות אותן נפיק, יש לבחון במשקפי הנורמה המשפטית הנוהגת, על מנת שנוכל לפסוק נכונה, מי זו ואיזוהי הסמכות המשפטית שחרצה את דינו של ישו לצליבה – סנהדרין גדולה או נציב רומי?

העובדות

ארבעה עדים באים מתייצבים ומעידים בפנינו על פרשת חייו ומותו של ישו הנוצרי – הלא הם ארבעת המבשרים אשר על שמם קרויות 4 הבשורות (או האבנגליונים – Gospels באנגלית) הפותחות את הברית החדשה: מתי, מרקוס, לוקס ויוחנן. כיצד נעריך את עדותם? על פי דעת החוקרים, איש מן המבשרים לא היה עד ראייה ישיר לפרשת חייו של

⁶ מתי 27:25.

ישו, וכולם כתבו את הבשורות על סמך מסורות בע"פ שהיו נוהגות בזמנם. אף הבשורה המוקדמת ביותר, עליה התבססו במידה רבה הבאות, זו של מרקוס, נכתבה כפי הנראה בסביבות שנת 70 לסה"נ, כלומר כ- 40 שנים לאחר צליבתו של ישו. חוקרי הנצרות סבורים כי גם מרקוס התבסס על מקור קדום יותר, שאבד.

אם כן, המבשרים אינם עדים ישירים לאירועים וכתבום מפי השמועה. יתר על כן, אף בין המבשרים עצמם ישנן, לעיתים, תוספות, השמטות ואף סתירות. במיוחד נכונים הדברים בהבדלים שבין שלוש הבשורות הראשונות (המכונות גם הבשורות ה"סינופטיות", השוות, על שום הקרבה שביניהן) לבין הבשורה האחרונה, של יוחנן – אשר נכתבה עשרות שנים לאחר הראשונות, וניכרת בה אף מגמה מיוחדת עליה נעמד.

הבדלים אלו, נכונים גם לגבי התיאורים המופיעים ביחס למשפטו של ישו. בבואנו לקבוע מסקנות מן העובדות, עלינו ליישב בין הסתירות. בוודאי, יכולים אנו להסיק מקריאה בכלל הבשורות, כי ישו נאסר, נשפט ונצלב. גם פרטים נוספים המופיעים בכל 4 הבשורות, סביר יותר להניח כי הם מתבססים על מסורות מוצקות. לעומת זאת, תוספת הבלעדית לאחת הבשורות, תעורר את חשדנו בדבר אמיתותה.

כיצד עלינו להעריך את אופי העדים שבפנינו ואת משקל העדות שבפיהם? ברי הוא כי אין הבשורות בגדר דוקומנטציה משפטית ואף לא בגדר כרוניקה היסטורית מסודרת, כי אם, כפי ששמן מעיד בהן, קול קורא למאמינים שמטרתו היא להפיץ את שמו של ישו ולהאדיר את עיקרי הדת החדשה. ועוד יש לזכור כי שעה שנכתבו הבשורות, עוד הייתה דת הנצרות בגדר כת נרדפת ברחבי האימפריה הרומאית. מובן כי מטרת המבשרים הייתה לרומם את קרנה של הנצרות בקרב השליטים הרומיים. ברור כי תמונה של מייסד הדת, כפושע הנשפט ונצלב כאחרון המורדים במלכות, יהיה בה רק לשפוך שמן על מדורת הרדיפות, בהן היו הנוצרים נתונים אותה שעה, בין כה וכה. לעומת זאת, העברת האחריות למות הקדושים של ישו, אל כתפי היהודים, ולכל הפחות הצגת המשפט, בסופו נצלב בידי הנציב הרומי, כעיוות אליו נגרר הנציב בעל כורחו – יהיה בהן כדי לשרת את המטרה הפוליטית של המבשרים.

במיוחד נכונים הדברים בבשורה על פי יוחנן, בה רואים מגמה ברורה לשחרר את הנציב הרומי מן האחריות למותו של ישו ולעומסה על שכם היהודים – שכן בשורה זו מאוחרת לשאר ובעוד שהקודמות לה נכתבו ע"י ולמען יהודים, הרי שבשורה זו נכתבה לאחר המהפכה הפאולינית בנצרות, כדת המופנית בעיקרה אל הגויים.

ולבסוף, מגמה תיאולוגית ידועה בבשורות היא לכלול בסיפור חייו של ישו אירועים שונים אשר יוכיחו כי נתקיימו בו בישו נבואות ופסוקים שונים מן התנ"ך. כך למשל מוסברת, ע"י המבשרים עצמם, עובדת לידתו של ישו בבית לחם או כניסתו לירושלים

רכוב על חמור לבן. למבשרים הייתה מטרה תיאולוגית ומיסיונרית חשובה לשכנע את היהודים כי ישו והנצרות, הם ממשיכי דרכה האמיתיים של היהדות. לכן הם שוזרים באירועי חייו, סיפורים שונים, חלקם לא מבוססים על אמיתות עובדתיות או משוללי כל היגיון, על מנת להוכיח כי נתקיימו בישו נבואות תנ"כיות שונות וכי הוא הוא אותו האחד עליו מוסר הנביא ישעיה בפרק נג 3: "נבזה וחדל אישים, איש מכאובות וידוע חולי וכמסתר פנים ממנו נבזה ולא חשבנוהו". בהמשך נציג מספר אירועים שהמגמתיות שבהם מוסברת אך ורק בצורך התיאולוגי הנ"ל של המבשרים.

וכזאת מוסרים המבשרים על משפטו ומותו של ישו⁷ (גרסה משותפת לכל הבשורות. ציינו בסוגריים אירועים בולטים הייחודיים לאחת הבשורות):

בערב חג הפסח, לאחר שקיים ביחד עם 12 תלמידיו את ה"סעודה האחרונה", ניגש ישו עם שניים מהם להתפלל בחצר "גת שמנים", אשר בהר הזיתים. או אז הגיע המון רב של "יהודים", חמושים בחרבות ובאלות, אשר נשלחו מאת ראשי הכהנים לעצור את ישו (ע"פ יוחנן נשלח גם גדוד רומי והוא שעצר את ישו). בראש ההמון צעד אחד מתלמידיו של ישו, יהודה איש-קריות, אשר הסגירו בנשיקה.

לקחו את ישו והוליכוהו לבית הכהן הגדול, שם נאספו כל הזקנים וראשי הסנהדרין. ביקשו עדות כנגדו על מנת להמיתו, אולם לא מצאו, כי אם רק עדי שקר. נמצאו אמנם שני עדים, שמסרו כי ישו התבטא כי יהרוס את ההיכל, אולם גם בזאת הם סתרו אחד את השני. אז שאל אותו קיפא הכהן הגדול, האם ברצונו להשיב לעדויות, אולם ישו שתק. ועוד שאל אותו הכהן הגדול האם הוא המשיח, ולזאת ענה ישו "אני הוא, וכעת תראו את בן האדם יושב לימין הגבורה". קיפא, קרע את בגדיו, פנה אל הזקנים ואמר "מה לנו עוד לבקש עדויות, והלא במו אוזנינו שמענו. בן מוות הוא האיש הזה" והנאספים היכו את ישו (על פי לוקס, הובא ישו בפני הסנהדרין רק למחרת בבוקר).

למחרת השכימו הזקנים, ולאחר שנועצו זה בזה, מסרו את ישו בידי הנציב הרומי פונטיוס פילטוס (על פי יוחנן הציע פילטוס ליהודים לשפוט את ישו על פי דין תורה, אולם הללו סירבו, בטענה כי אין להם סמכות לדון בדיני נפשות. כמו כן לא נכנסו אל תוך אולם המשפט מחשש טומאה בזמן חג הפסח). פילטוס שאל את ישו האמנם הוא "מלך היהודים" וישו ענה את תשובתו המפורסמת, "אתה אמרת". (על פי יוחנן, הוסיף גם ואמר: "מלכותי אינה מן העולם הזה"). לאחר מכן שתק ישו למול ההאשמות שהוטחו בו ע"י היהודים, כי הוא מסית ומדיח את העם שלא לשלם מס לקיסר וכי הוא מלך היהודים. על פי לוקס ויוחנן יצא פילטוס מספר פעמים אל ראשי הכהנים שנקהלו מחוץ לחצר המשפט ואמר כי לא מצא כל עוון בישו, אולם אלו דרשו כי יצלב את ישו בטענה כי הוא

⁷ מתי 26 47-68, 1-46; מרקוס 14 43-65, 1-37; לוקס 22 47-53, 63-71, 23 1-53; יוחנן 18 1-40, 19 1-37.

מדיח כנגד הקיסר (על פי יוחנן מששתק ישו למול ההאשמות, אמר לו "אלי לא תדבר? האינך יודע שיש לאל ידי לצלוב אותך?" ועל כך השיב ישו, "אין לך רשות עלי, כי אם זו שניתנה לך מלמעלה. ועל כן עוונם של אלו שהסגירוני בידך גדול מעוונך").

(על פי לוקס נוספה אפיזודה שלמה ונוספת, לפיה מששמע פילטוס כי ישו הוא גלילי, שלח אותו למשפט בפני הורדוס אנטיפטר, מלך הגליל, וזה לאחר שחקרו והתלוצץ בו, שלח אותו חזרה לפילטוס).

מנהג היה בידי הנציב הרומי לשחרר לכבוד החג אסיר אחד. ביחד עם ישו היה אסור גם איש נוסף, רוצח ומורד במלכות, בשם בר-אבא. פילטוס שאל את העם המתקהל בחוץ האם ברצונם לשחרר את "מלך היהודים", אולם העם, מוסת בידי ראשי הכהנים, דרש פעם בפעם את שחרורו של בר-אבא. פילטוס הודיע ליהודים כי לא מצא בישו כל עוון, אולם אלו בשלהם "הצלב אותו" (על פי מתי, רחץ פילטוס את ידיו ואמר, "נקי אני מדם הצדיק הזה" ואז ענו העם, "דמו עלינו ועל בנינו").

החיילים הרומיים לקחו את ישו לחצר, הלבשוהו ארגמן ושמו לראשו נזר של קוצים בהתלוצצם בו, "ברוך בואך, מלך היהודים". ישו נשא את צלבו לאורך דרך היסורים (ויה דולורוזה) כאשר ההמון והחיילים מכים אותו. במהלך הסחיבה התמוטט ישו והחיילים ציוו על עובר אורח, שמעון מקיריני, לשאת את צלבו של ישו. ישו נלקח אל מקום ההוצאה להורג, הגולגולתא, ונצלב, בשעה השלישית (9 בבוקר) לצידם של שני פושעים נוספים. כאשר על הצלב נרשמה כתובת מטעם פילטוס "מלך היהודים" (על פי יוחנן, מסר פילטוס את ישו לידי היהודים והללו הם שצלבו אותו ולא החיילים הרומיים). הציעו לישו לשחות יין מר, אולם הוא סירב. כמו כן חילקו העם את בגדיו, לאחר שהפשיטוהו מהם.

בהיותו תלוי, החל העם מתלוצץ בו "הושע את עצמך, מלך היהודים, ורד מן הצלב". כשש שעות לאחר הצליבה, נתן אחד מן העומדים לישו ספוג מלא בחומץ, ישו קרא בקול גדול "אלי אלי, למה שבקתני" ונפח את נשמתו. ישו נקבר, באחוזתו של יהודי בשם יוסף הרמתי, לבקשתו של האחרון.

האם בידינו "דבר מה" לחיזוק עדותם של האבנגליונים? מן המשפט עצמו, לא נותרו כל ראיות משפטיות מקובלות, כגון פרוטוקולים, פסק דין או ציון שמו של ישו ברשימת המוצאים להורג מטעם השלטון הרומי. מקורות היסטוריים המזכירים את פרשת מותו של ישו הם נדירים. אחד מהם הוא ההיסטוריון הרומי טקיטוס המאזכר בפסקה ב"ספד השנים" שלו את ישו, מייסד כת ה"כריסטיאנים", אשר הוצא להורג בימי הקיסר טיבריוס, ע"י הנציב פונטיוס פילטוס. חיים כהן, רואה באזכור זה "מעין הודאת בעל דין" (=רומא) וחיזוק לסברה כי ישו הוצא להורג בידי הרומאים. שני הוא ההיסטוריון היהודי יוסף בן

מתיהו (יוסיפוס פלביוס) המאזכר את ישו כמי ש"פילטוס שפט אותו – בלחץ אזרחינו החשובים ביותר"⁸. עם זאת, בשל קטע זה ובשל הכרתו של פלביוס במשתמע באלוהותו של ישו, ו"אנחנו לא ידענו כי יוסף בן מתתיהו הוסיף לחטאיו הידועים – גם את חטא ההצטרפות לדת הנוצרים"⁹ סבורים החוקרים כי קטע זה הינו תוספת מאוחרת של עורך נוצרי לכתבי בן מתתיהו.

המסגרת הנורמטיבית

ישו נשפט ונצלב בסביבות שנת 30 לסה"נ, כלומר 40 שנה לפני שחרב בית המקדש. נקודת ציון כרונולוגית זו היא משמעותית לביורור השאלה, האם כלל הייתה הסנהדרין מוסמכת לדון בדיני נפשות ולהוציא פסק דינה לפועל, או שמא כבר ניטלה סמכותה לעשות כן בידי נציב רומי? (כפי שטוען, למשל, המבשר יוחנן)

סביב שאלה זו נתגלעו במשך השנים חילוקי דעות רבים. נשמעה הדעה כי סמכותה של הסנהדרין לדון דיני נפשות, פקעה באותה תקופה ולעומתה הדעה כי גם אם לא פקעה הסמכות הרי שגזר דין זה נזקק לאישור הנציב הרומי, משל ראש מחוז שיפוטי. נשמעה הדעה כי הסנהדרין הוגבלה רק לעריכת חקירות מוקדמות טרם משפטו של הנציב ואף הדעה כי ביצוע גזרי הדין של הסנהדרין הוצאו לפועל בידי הרשות החילונית (הנציב) וזאת רק אם הייתה העבירה בה נתחייב הנידון, עבירה גם לפי חוקי רומי.

הדעה לפיה לא הייתה הסנהדרין מוסמכת כלל לדון את ישו למוות, מתבססת, ראשית על האמור לעיל בבשורת יוחנן לפיה מסרו היהודים את ישו לידי משפטו של פילטוס בטענם כי אין בסמכותם לשפוט בדיני נפשות ואף על תיאור אצל בן מתתיהו, לפיו ביקש הכהן הגדול את רשות הנציב לכנס את הסנהדרין לדון בדיני נפשות. **שנית, וחשוב יותר**, נסמכת דעה על זו המסורת התלמודית הידועה לפיה ניטלו, 40 שנה לפני החורבן, דיני נפשות מישראל.

מסורת זו מופיעה הן בתלמוד הירושלמי ("תני, קודם לארבעים שנה עד שלא חרב הבית, ניטלו דיני נפשות, ובימי שמעון בן שטח ניטלו דיני ממונות"¹⁰) והן במספר מקומות בתלמוד הבבלי ("ארבעים שנה עד שלא חרב הבית, גלתה לה סנהדרין וישבה לה

⁸ יוסף בן מתתיהו **קדמוניות היהודים** (הוצאת מסדה, תל אביב) 18, 3.

⁹ כהן, **לעיל** הערה 2, בע' 14.

¹⁰ **ירושלמי** סנהדרין, פרק א', הלכה א'; וראה גם **ירושלמי** סנהדרין, פרק א', הלכה ח'.

בחנויות. למאי הלכתא?... לומר שלא דנו דיני קנסות... לא תימא דיני קנסות, אלא שלא דנו דיני נפשות"¹¹).

עם זאת נמצאו גם פירכות בדעה זו, ראשית, משום שבברייתא הירושלמית נמצאה סתירה כרונולוגית בלתי מוסברת (שהרי נאמר בה שדיני ממונות, הקלים יותר, ניטלו מידיה עוד בימי שמעון בן-שטח, שפעל כ-150 שנה קודם לזמנו של ישו ובזמן שלטון בית חשמונאי – סתירה שאין לה הסבר!), שנית, שנמצאו מקורות שבאותה תקופה טרם גלתה סנהדרין לחנות ונשיאה, רבן גמליאל (שחי בתקופתו של ישו), עוד ישב בלשכת הגזית, וגם אם גלתה הרי שעשתה זאת מטעמים פנים-הלכתיים (שנתרבו הרוצחים ואין ביכולתה של סנהדרין לדון אותם ועל כן גלתה לחנות) ולא משום שניטלה סמכותה.

עוד נמצאו מקורות לפיהן דנה הסנהדרין דיני נפשות עד לחורבן וייתכן שאף לאחריו. אף בברית החדשה עצמה נמצאו תימוכין לכך (כך אנו רואים כי חלק מהשליחים, בהם פטרוס, יעקב, אחי ישו, וגם סטפנוס הקדוש, נשפטו למוות ע"י הסנהדרין¹²).

סופו של דבר, לא נמצאו מקורות היסטוריים או הלכתיים, המחזקים את הסברה כי סמכותה של הסנהדרין לדון בדיני נפשות ניטלה ממנה ע"י הרומאים, וגם אם חדלה מעשות כן, עשתה זאת מטעמים פנים הלכתיים ולא בצו השלטון.

חיים כהן סבור, כי אכן מוסמכת הייתה הסנהדרין לדון דיני נפשות, ובהם גם את ישו, וסמכותה זו התקיימה במקביל לסמכותו של הנציב הרומי. אלא, שלדעתו, מניתוח האירועים עולה שלא עשתה כן ופילטוס הוא שצלבנו. כשלעצמנו, בין שהשתכנענו ובין שלא, נבחן כעת את היום האחרון בחייו של ישו, גם מתוך ההנחה המחמירה כי הייתה בידי הסנהדרין הסמכות לשופטו, ונשאל את עצמנו האם אכן עשתה כך.

מאסרו של ישו

על פי כל הבשורות נעצר ישו בידי "המון" שבו נכחו יהודים, שנשלחו מטעם "ראשי הכהנים", מובלים בידי יהודה איש קריות אשר מסר את ישו לידיהם. עם זאת, חיים כהן מעלה ספקות בשאלה האם אמנם נקבץ המון רב כל כך של יהודים בערב חג הפסח לחזות במאסרו של יהודי אחר, מה גם שישו היה אהוב בקרב העם, ואפילו המבשרים תולים בעובדה זו את חשש הכהנים ממנו ומאמונתו.

¹¹ שבת ט"ו ע"א; עבודה זרה ח' ע"ב; סנהדרין מ"א ע"א.
¹² מעשי השליחים 5: 18-40; 6: 12.

יתר על כן, חיים כהן מציע בספרו לסמוך יתדותינו דווקא באמור בבשורת יוחנן כי היה זה גדוד רומי שאסר את ישו, שכן דווקא יוחנן הוא זה אשר מגמתו היא להשחיר את פני היהודים ולהלבין את פני הרומיים (כפי שניתן לראות מתיאורו את המשפט והצליבה) ואם דווקא אצלו מופיע תיאור המאסר בידי גדוד רומי, הרי שניתן לסמוך על כך שלא היה מכניס קטע זה לבשורתו, אלמלא היה התיאור מעוגן במסורת מוצקה. דברים אלו מתחזקים גם בתיאור, מאוחר יותר, לפיו מובא ישו מוקדם בבוקר למשפט בפני פילטוס, הממתין לעמוד בראש משפטו, כלומר פילטוס ידע מעוד מועד על מעצרו של ישו, ואף הורה עליו, כפי שנוכח בהמשך. גם התיאור של ההמון כחמוש בלפידים ובחרבות, סביר יותר שהוא מתאים לגדוד רומאי, מאשר להמוני היהודים הנתונים תחת משטר כיבוש.

כיצד מתיישבת הגישה לפיה היוזמה למאסרו של ישו יצאה מאת הנציב הרומי, עם התיאור המופיע ב - 3 הבשורות הראשונות, לפיו נועצו ראשי הסנהדרין מבעוד מועד כיצד להמית את ישו, ופיתו לשם כך את אחד מתלמידיו, יהודה איש קריות, ואף שקלו על ידיו 30 שקלי כסף על מנת שייסגר את רבו? חיים כהן סבור כי כל מעשה יהודה איש קריות אין בו ממשות היסטורית והוא הוכנס על מנת לשרת צרכים תיאולוגיים בדבר צדיק הנמסר בידי הקרוב לו ביותר, אולם אין בו כל הגיון מעשי. וזאת משום שלא היה כל צורך באותו אקט של הולכה למקום הימצאו של ישו ומסירתו בנשיקה, שכן היה ידוע ומוכר בקרב העם (ראה תיאור כניסתו של ישו לעיר, בו הוא מתקבל בתשואות), מקום הימצאו היה ידוע לכל (יוחנן מוסר כי פעמים רבות נועד שם ישו עם תלמידיו) ואף הוא עצמו, בעת מאסרו, קורא אל הבאים לאוסרו "הבחרבות ובאלות באתם לתפוס אותי, כמו שתופסים שודד? הלא יום יום ישבתי בהיכל להורות תורה, ולא תפשתם אותי!". נוסף על כך, לא מתקבל על הדעת כי יהודה יוציא לפועל את הקונספירציה הסודית אותה רקם במחשכים עם ראשי הסנהדרין, כשהוא צועד לאור לפידים ונרות בראש המון העם!

מה טעם, אם כן, לכלול את סיפור יהודה איש קריות? תיאולוגים רבים סבורים כי כל מעשה יהודה איש קריות לא היה ולא נברא, אלא הוכנס בעריכה מאוחרת, וזאת במסגרת הקו הנהוג בברית החדשה להציג את ישו כמי שנתקיימו בו נבואות שונות מן התנ"ך. סיפור יהודה איש קריות נועד, על כן, לקיים בישו את האמור בתהילים מא פסוק 10: "גם איש שלומי אשר בטחתי בו, אוכל לחמי, הגדיל עלי עקב".

נוכחנו, אם כן, שהיהודים לא יזמו את מאסרו של ישו ולא רקמו אותו במזימות, והרומיים הם שציוו על מאסרו, מטעמים שעוד יתבררו לנו. עם זאת נראה כי היהודים שאכן היו נוכחים במאסר, שכן הדברים עולים מכל הבשורות, היו אנשי משמר היכל המקדש, אשר נשלחו מטעם הכהן הגדול. גם אם נקבל את העמדה כי ישו נאסר ע"י גדוד רומי, מה הייתה מטרת הסנהדרין בשליחת המשמר לחזות במאסרו של ישו? וכיצד אנו מסבירים את העובדה כי מיד לאחר המאסר נשלח ישו להתייצב בפני הסנהדרין?

בבית הכהן הגדול

תיאור אירועי הלילה בביתו של הכהן הגדול, כפי שהם מופיעים באבנגליונים, שימש במשך מאות שנים מסד להאשמת היהודים בכך ששפטו את ישו, חרצו את דינו למוות, ומסרוהו בידי הנציב הרומי על מנת שיוציא את פסק דינם לפועל. ברור הוא כי ישו אכן הובא לעת לילה אל בית הכהן הגדול, ושם עמד בפניו ובפני הסנהדרין הגדולה (או חלק ממנה). ברם מה היה טיבם של הליכים אלו ?

בשאלה זו, נחלקו עם השנים רוב החוקרים לשתי אסכולות: גישה לפיה קיימה הסנהדרין "משפט לילי" לישו בעוון גידוף השם (בכך שהתיימר להיות המשיח היושב "לימין הגבורה"), גזרה את דינו למוות ומסרה אותו בידי הנציב וגישה שניה לפיה קיימה הסנהדרין מעין "חקירה מוקדמת" של ישו ובעקבות ממצאה החליטו חבריה לעת בוקר למסור את ישו לידי הנציב על מנת שישפוט אותו.

חיים כהן, מונה לאחר בחינה של אירועי אותו לילה במשקפי הדין המהותי הפלילי ההלכתי, מספר רב של עיוותים, אשר מוציאים את תיאורית "המשפט הלילי" מגדר האפשרות:

- א. הסנהדרין לא יושבה, ולא הייתה מוסמכת לשבת, לדין פלילי בביתו של הכהן הגדול או בכל מקום אחר שמחוץ ללשכת הגזית¹³, שנאמר "ובאת שמה".
- ב. הסנהדרין לא דנה בדין פלילי בשעות הלילה. דיני נפשות דנים ביום ולא בלילה¹⁴. עוד מצינו שם כי אין דנים דיני נפשות לא בחג ולא בערב חג (וישו, הרי, נצלב לאחר סעודת חג הפסח).
- ג. אין אדם נענש על פי עדות עצמו או הודאת עצמו.
- ד. אין מרשיעין אדם אלא אם שני עדים כשרים העידו שראוהו עושה את המעשה שהואשם בו. דרישה נוספת היא כי שני עדים כשרים העידו שהתרו בו תחילה לבל יעשה את המעשה¹⁵.
- ה. אין העבירה המיוחדת של גידוף השם, בה נתחייב כביכול ישו, נעברת אלא בהוציא הנאשם מפיו, במעמד עדים, את השם המפורש¹⁶.

¹³ משנה מידות ה' ד'; סנהדרין פ"ו ע"ב.

¹⁴ סנהדרין ל"ב ע"א.

¹⁵ "חייבי מיתת בית דין אין ממיתין אותם אלא על פי עדים והתראה"; תוספתא סנהדרין י"א.

¹⁶ סנהדרין נ"ה ע"ב, נ"ו ע"א-ע"ב.

עיוותים ברורים ומהותיים אלו של הדין ההלכתי, מובילים למסקנה כי גם אם נבחן את נארטיב "משפטו" הלילי של ישו בפני הסנהדרין במבחן הביקורת השיפוטית, נמצא כי הוא אינו אפשרי.

אולם גם כנגד סתירות קשות ומהותיות אלו של הדין העברי, במישור המהותי והפרוצדוראלי, קמו למקטרגים טענות מטענות שונות, איתן ננסה להתמודד.

טיעון ראשון הוא כי בעוד שסתירות אלו, אותן העלינו, נשענות על הדין העברי הפרושי כפי שהוא מוכר לנו מן ההלכה, הרי אין לשלול כי ישו נידון בפני בית דין שנהג על פי הוראות הדין הצדוקי, ומכל מקום נהג כך קיפא כהן גדול, שכהנים גדולים נמנו, על פי רוב, על סיעת הצדוקים. כידוע, בזמן בית שני נחלקה האסכולה החברתית, הפוליטית ואף ההלכתית לזרם הצדוקי (האריסטוקרטי יותר) ולזרם הפרושי (העממי). ידו של הזרם הפרושי גברה בסופו של דבר ועל פיו דרכו נתעצבה התורה שבעל פה כפי שהיא מוכרת לנו כיום. עם זאת, כך הטיעון, אין לשלול את האפשרות שישו נידון על פי הוראות הדין הצדוקי, אשר פרטיו לא נשמרו ואינם ידועים לנו, אולם אין בו את הדרישות אותן הצגנו לעיל ואשר הופכות את תיאור "משפטו" של ישו בפני הסנהדרין לבלתי קביל.

התשובה לטיעון זה ניתנת בשני מישורים: ראשית במישור המהותי, גם אם נתקיים באותו הזמן דין פלילי צדוקי, אין בכך להסביר, לפחות חלק, מן העיוותים הבולטים אשר נתגלו במשפטו של ישו. שהרי, גם אם הפרושים והצדוקים נחלקו ביניהם באשר לפרשנות (ולעצם הצורך בפרשנות) המקרא, הרי וודאי הוא שגם הצדוקים נהגו, לכל הפחות, על פי דין תורה. ובעוד שחלק מן הדרישות אותן הצגנו, תולדתן בתורה שבעל פה, הרי, לכל הפחות, הרשעה על פי עדות שניים היא מאבני היסוד של דין הראיות העברי והיא בגדר דין תורה¹⁷ (שבכתב) וגם אותו בית דין צדוקי שדן כביכול את ישו, ודאי היה נוהג לפיה. שנית, אנו יודעים ממקורותינו שהנציגים הפרושים היו עיקר מנינה ובנינה של הסנהדרין ודרך ההלכה ברוב השאלות, נטתה על פי דרכם, עוד מתקופת בית חשמונאי.

מקשים המקטרגים ומתרצים כי את ההסבר לעיוותי ההלכה הקשים העולים ממשפטו של ישו, הוא להתלות באילן הקיים גם בדין הפרושי (ההלכתי) והמאפשר לסטות מהוראות הדין, והוא "הוראת השעה", מעין "דין חירום" קדום (מקור הביטוי "הוראת שעה" הוא של הרמב"ם). טיעון זה נסמך על מקרים בהם נעשתה סטייה מהותית מהוראות הדין, על מנת לחסל חיש מהר נגע של כפירה. כך אנו למדים על שמעון בן שטח שתלה ביום אחד, כהוראת שעה, שמונים נשים באשקלון שנחשדו בכישוף¹⁸, ובכך בוודאי סטה מהוראות הדין המהותי והפרוצדוראלי. קו הטיעון, הוא כי כזאת נעשה אף במשפטו של ישו, ובכך יש אף להסביר את הבהילות הרבה שבכינוס הלילי. עם זאת, ספק אם מוסד "הוראת

¹⁷ "על פי שנים עדים או שלשה עדים יומת המת, לא יומת על פי עד אחד", דברים י"ז ו'.

¹⁸ משנה סנהדרין, ו' ד'.

השעה" אכן נתגבש כמוסד מקובל בדין העברי (הרמב"ם אומר על מעשהו זה של שמעון בן שטח כי הנשים "נתלו בשביל הכישוף, והריגתן כולן ביום אחד הוראת שעה, וכן תלייתן הוראת שעה, ואין למדין דין מהוראת שעה"¹⁹). המושג עצמו הוא כאמור של הרמב"ם, ולמדים עליו בעקיפין, וממילא לא נמצאו כל סימוכין שמוסד זה הופעל במקרהו של ישו, מה גם שלא נראה כי בעניינו של ישו נעשה נסיון לעקוף את סדרי הדין, שהרי גביית העדויות נמשכה כל הלילה ונערכה בדיקה מדוקדקת האם אכן נמצאו 2 עדים כשרים.

בצד הגישה כי הסנהדרין ערכה "משפט לילי" לישו, עומדת הגישה כי בבית הכהן הגדול נערכה לישו מעין "חקירה מוקדמת", טרם משפטו שנקבע בפני הנציב לשעת בוקר. המצדדים בגישה זו תומכים יתדותיהם בעובדה כי יש בכך להסביר כיצד ההליך בפני הסנהדרין והנציב הרומי מתיישבים זה עם זה, חקירה בפני הראשונה ומשפט בפני השני. עוד מוסיפים וטוענים כי זהו ההסבר לכך שאין אישום מפורש כנגד ישו, אלא כל ההליך בבית הכהן הוא הליך של גביית עדויות, שהכהן הגדול חוקר בעצמו את ישו ומחליטים למסור את ישו בפני הנציב בטענה כי אין סמכות לסנהדרין לשופטו בעצמה (כזכור, ע"פ יוחנן). על פי טיעון זה פעלה הסנהדרין בכובעה כגוף מנהלי ולא כגוף שיפוטי.

לזאת יש להשיב ראשית כי מכלל איסור לדון אדם בלילה או ביום טוב, נלמד גם האיסור לחקרו. שנית תמיהה היא האם אכן נזקקו הרומאים ליהודים, ולא עוד אלא לכל מליאת הסנהדרין הגדולה בכבודה ובעצמה, על מנת שיערכו בעבורם חקירתם של עבריינים. ממילא לא נמצאו מקורות אחרים, יהודיים, נוצריים או היסטוריים, בהם אנו רואים כי הסנהדרין ערכה חקירות עבור הנציב הרומי. ושלישית, בעוד, שכפי שנראה, ההאשמה כנגד ישו במשפטו בפני הנציב הייתה האשמה פוליטית (יומרתו להיות מלך היהודים) המהווה עבירה על פי דין רומי, הרי שעניינה של הסנהדרין ב"חקירתה" אשר כביכול נעשת למען אותו משפט העתיד להתקיים למחרת בבוקר, היא בעלת אוריינטציה יהודית-דתית (גידוף השם).

אם אכן לא משפט היה כאן ולא חקירה – אנו חוזרים לשאלתנו בתחילת פרק זה, מהו טיב ההליכים שהתנהלו אותו לילה בפני הסנהדרין ומדוע הובא ישו לבית הכהן הגדול עם ליל לאחר שנעצר בפקודת הנציב?

חיים כהן מעלה את הסברה, לפיה לא זאת שלא ביקשו חברי הסנהדרין את נפשו של ישו, כי אם נקבצו ובאו על מנת לנסות ולהצילו מן הגורל הממתין לו אצל הנציב. נקדים את המאוחר ונגלה כי כל יוזמת מאסרו ומשפטו של ישו באה מן הנציב הרומי וזאת על מנת לשופטו על העבירות שביצע כנגד המלכות בכך שהמריד את העם והתיימר להכריז על עצמו כעל "מלך היהודים" (והלא זו הייתה האשמה אשר עליה נדרש ישו להשיב בפני

¹⁹ פירוש המשניות להרמב"ם, על סנהדרין, ו' ה'.

פילטוס), שעה שהמלוכה ניטלה מיהודה אשר הייתה פרובינקיה רומאית. מכאן ההוראה לאסור את ישו בידי גדוד חיילים רומאיים, מכאן משפטו אשר נקבע למחרת בבוקר, מכאן לוח הזמנים והפרוצדורה שאין בהם כל דבר יהודי, מכאן הניסיון של הסנהדרין להושיט ברגע האחרון חבל של הצלה לישו אשר נפשו כבר נתונה בכף.

חיים כהן סבור כי לסנהדרין, אשר באותה שעה כבר החלה קרנה דועכת בעיני העם, היה אינטרס ברור להציל את ישו מן הצליבה הצפויה לו, על אף ההסתייגות הברורה של חברי הסנהדרין מעמדותיו. ישו זכה לפופולאריות רבה בקרב העם ואין ספק שמעשה הצלה שלו מפני מוות בטוח בידי הנציב הרומי, היה מרומם בשנית את קרנה של הסנהדרין בקרב העם. אין להבין אחרת את הכינוס הבהול והדחוף של חברי הסנהדרין בבית הכהן הגדול בשעת ליל ובערב החג, להליך זה שאינו משפט ואינו חקירה, אלא אם לוח הזמנים לא היה נתון בידה ונקבע מראש ומבעוד מועד על ידי הנציב העליון.

על פי הסבר זה אנו מבינים גם את השתתפותם של יהודים במעצרו של ישו ואת הבאתו בפני הכהן הגדול. חיים כהן סבור כי הרומאים נמלכו בדעתם לעצור את ישו ולהביאו למשפט בפני הנציב, אולם הכהן הגדול הצליח והשתדל בפני הנציב לקבל דחייה בביצוע המשפט וקיבל את ישו להשגחתו למשך הלילה תוך התחייבות להביאו עד הבוקר בפני הנציב.

ומה הטעם בכינוסה הלילי המיוחד של הסנהדרין? המטרה שעמדה בפניהם היא לנסות להניא את ישו מיומרותיו המשיחיות והמלוכניות ולנסות לערוב בשם הסנהדרין בפני הנציב הרומי כי ישו יתקן את דרכיו וכך לחון אותו ולהציג הצלה זו כהישג פוליטי בפני המוני העם. לשם כך נועד המאמץ ברגע האחרון לבדוק האם יש בידי הסנהדרין הגדולה כולה להביא את ישו לחזור בו מפעילותו המסוכנת, אשר היא כחבל התליה על צווארו. לשם כך נערכה חקירה בגין מעשיו ונתבקשו העדים אשר יוכלו להעיד על פעולותיו, לשם כך חוקר אותו הכהן הגדול בעצמו. אולם מה רב מפח הרוח כאשר ישו אינו חוזר בו מכוונותיו ואף שב וחוזר ומצהיר אחת מהצהרותיו המסוכנות אשר מעידות כאלף עדים כי לא ישתף פעולה עם נסיונות הסנהדרין להציגו כ"משוקם" אשר אין בו כל סכנה לשלטון הרומי. לפי הסבר זה ניתן להבין את קריאתו של הכהן כי ישו הוא בן מוות ואף את קריעתו את בגדיו, מנהג יהודי מקובל לאות צער ואובדן התקווה אל מול אדם הצועד לעבר מותו הבטוח. על רקע זה יש להבין כי לעת בוקר, נועצו חברי הסנהדרין והבינו כי אפסה כל תקווה ועליהם לקיים את התחייבותם ולמסור את ישו בידי הנציב.

תיאוריה זו להסבר אירועי הלילה בבית הכהן הגדול, כנסיון למעשה להציל מפי ישו דבר מה שיהיה בו להציל אותו מן הצליבה, לא נתקבלה בקרב החוקרים ואף חיים כהן מעיר בספרו כי מלבד חוקר (יהודי) נוסף, הוא צועד בהקשר זה על קרקע בתולה. במאמר

ביקורת על ספרו של חיים כהן שנתפרסם בידי חוקר הנצרות היהודי הגדול, דוד פלוסר²⁰, הוא מציין כי גם אם כיום מתבססת הדעה כי יש לנקות את היהודים מאשמת מותו של ישו, עוד רב המרחק עד המסקנה כי הסנהדרין נתכנסה במיוחד וערכה מאמץ עילאי להצילו ממוות. דעתו היא כי הכהן הגדול וחלק מפמלייתו הצדוקית (אולם בפירוש לא הסנהדרין כגוף) בחשה בענין מעצרו של ישו ואף מסרה אותו לידי הנציב.

כשלעצמי, אני סבור עוד כי מאחר וישו וודאי לא היה ידיד לחברי הסנהדרין, בין שהיו פרושים (על שום שתקף אותם ואת שיטתם במרוצת כל חייו) ובין שהיו צדוקים (על שום שנמנה על פשוטי העם וביסס את משנתו כנגד רדיפת העושר והשררה), אני מתקשה לקבל את גרסתו של חיים כהן לאירועי הלילה בביתו של הכהן הגדול. אף שהשתכנענו בבירור כי לא ייתכן והיה משפט או חקירה מוקדמת לישו בידי הסנהדרין, וכפי שנוכח מייד ישו מצא את מותו בהוראתו של פילטוס ומידיהם של חיילי רומי, אין בכך להסביר לחלוטין כיצד הובא לידי הכהן הגדול ומה עשה שם אותו הלילה.

משפטו של ישו

עולה ברורות מכל הבשורות כי ישו הובא בשעות הבוקר המוקדמות בפני הנציב הרומי, פונטיוס פילטוס אשר היה ערוך ונכון לנהל את משפטו. על פי 3 האבנגליונים הסינופטיים התקיים המשפט בפומבי ובמהלכו פונה פילטוס אל ההמון ומבקש את עצתו כיצד לנהוג בישו. על פי יוחנן התנהל המשפט בארמונו של פילטוס, כפי הנראה בתוך אולם סגור, אשר מחיצה הפרידה בינו לבין האולם החיצוני, בו עמדו היהודים (אשר לא נכנסו פנימה מחשש לטומאה) ואליהם יצא פילטוס מספר פעמים לשמוע את דעתם. כל הבשורות שוות בכך שעולה מהן הרושם כי פילטוס שופט את ישו כמי שכפאו השד, מתחנן כמעט על חייו של ישו בפני ההמון צמא הדם ובחוסר רצון רב הוא גוזר את דינו של ישו למוות בלחץ הקהל. עד שאנו ממשיכים בתיאור משפטו של ישו, נידרש מעט לדמותו של השופט, נציב רומי, הפרוקורטור פונטיוס פילטוס.

פילטוס - ששמו נקשר לעולם ברחיצת ידיו ונקיון כפיו מאשמת מותו של ישו ואשר מתואר בבשורות כאיש רך לבב אשר מתומרן בציניות ע"י היהודים במניפולציות שונות - היה במציאות ההיסטורית איש קשה ואכזר. יוסף בן מתתיהו יודע לספר בספרו "תולדות מלחמת היהודים ברומאים" כי כבר כשהגיע לכהן בנציבותו על יהודה הסתכסך פילטוס עם היהודים כאשר ציווה לפזר בהיכל את צלמי הקיסר. עוד מספר יוסף כי לאחר זמן שלח פילטוס את ידו בכספי ההקדש ומשבאו היהודים להתלונן בפניו, פיזר חיילים

²⁰ דוד פלוסר "משפטו ומותו של ישו הנוצרי" יהדות ומקורות הנצרות (הוצאת הקיבוץ הארצי, 1979) 120-150.

מוסווים בקרבם, והללו הפילו בהם חללים רבים. פילון האלכסנדרוני מתאר את פילטוס כ"בעל אופי קשה, בלי התחשבות כלשהי בזולת, אכזר, מושחת, אלים, מהיר לגנוב, לשדוד, לענות, לייסר ולהוציא להורג ללא משפט מקדים". אף כברית החדשה ישנו תיאור של פילטוס כמי שהוציא להורג קבוצת גליליים ללא כל סיבה נראית לעין ואף "ערב את דמם עם זבחיהם". בן מתתיהו מספר כי סופו של פילטוס בא לו כאשר נקרא לרומא לתת את הדין על הטבח האכזרי של השומרונים בהר גריזים, לו היה אחראי. פילטוס הומת או התאבד בפקודת הקיסר. לצד הגרסה ההיסטורית, היו מספר פלגים שוליים בנצרות אשר טיפחו את המיתוס לפיו הפך פילטוס, בחשאי, לנוצרי נלהב, ועל כך נגזר דינו למוות בידי הסנאט. הגיעו הדברים לידי כך שהכנסייה הקופטית, הכירה בפונטיוס פילטוס, **רוצחו של ישו**, כמרטיר (!) אשר חגו נחוג ביום 25 יוני.

על שום מה נשפט ישו ונצלב? סופו של ישו מעיד על תחילתם של הדברים. צליבתו על הקרש עליו מוסמרה הכתובת "מלך היהודים" מסבירה ללא פקפוק את טיב האשמות עליהן נתן את הדין בפני פילטוס, ומאשרת את תיאור משפטו. ישו נשפט בידי הנציב הרומי בגין עבירה פוליטית ונצלב בידי חיילים רומיים, ומעורבותם של "היהודים" בהליך זה הייתה זניחה, אם בכלל. עובדה היסטורית זו כבר קנתה לה שביטה בקרב החוקרים. על מנת להבין את הרקע ההיסטורי והעובדתי לעבירה בה הואשם ישו נתאר מעט את מצבה של הפרובינקיה יהודה בסביבות שנת 30 לספירה.

בשנת 63 לפנה"ס אבדה לה ליהודה החירות המדינית, שעה שהמצביא הרומי פומפיוס, שהוזמן ע"י האחים החשמונאים ליישב את סכסוך הזכאות למלוכה, ניצל הזדמנות זו לפרוס את חסותה של רומא על יהודה, תהליך שהתרחש בתחילה ע"י מינוי מלכים "מטעם" ולאחר מותו של הורדוס, בשלטון ישיר של רומי בא"י. השלטון הרומי הכביד את ידו על תושבי הארץ, אשר תיעבו אותו ואת נציביו. חיכוכי הדעות ואי ההבנות בין התושבים לבין השלטון הרומי, אשר התעקש לעורר את חמתם של היהודים במצעדי הראווה הצבאיים שערך בחוצות ירושלים ובתליית דיוקנאות הקיסרים, היו בלתי פוסקים. בקרב היהודים, עם קשה עורף, נתגלו לא אחת מורדים ומנהיגים אשר ניסו לקומם מחדש את חירות ישראל, בעיקר באיזור הגליל. יוסף בן מתתיהו יודע לספר על מספר רב של מקרים, בהם צלבו הנציבים מאות יהודים שעמדו במרכז תנועות לאומיות, או שנחשדו בכך. דעת הקהל היהודית הייתה בשלה לעודד צמיחתן של תנועות אלו והשלטון הרומי נלחם בכל גילוי שכזה בתקיפות ובאכזריות. סופם של הדברים, בזמן כהונתו של הנציב פלורוס, אשר הורה על צליבתם של מאות יהודים, הגיעו היחסים המתוחים לידי פיצוץ ופרץ המרד הגדול, אשר בסופו חרב בית שני.

פלג נוסף אשר תפס תאוצה, בצד הפלג הלאומי, היה הפלג המשיחי. ספרי ההיסטוריה, ואף הברית החדשה, יודעים לספר על משיחים רבים מטעם עצמם, אשר הקימו תנועות שסחפו המונים שנהו אחריהם. השלטון הרומי התייחס בחשדנות לכל התנועות

המשיחיות אשר דיברו על קירוב הגאולה, הדתית והמדינית. כעשר שנים לאחר מותו של ישו, אנו שומעים על צליבתו של אחד, תודס, לאחר שהכריז על עצמו כעל משיח. עוד מסופר בברית החדשה, בספר מעשי השליחים, על צליבתו של יהודה הגלילי והנוהים אחריו. האמור לעיל בא לתאר את הרקע הפוליטי והחברתי לאשמות עליהן עתיד ישו ליתן את הדין, כמו גם לציין כי צליבתם של יהודים בידי הנציבים הרומיים בגין חשדות ליומרות מדיניות או משיחיות, הייתה מחזה שכח.

אל תוך המציאות החברתית והפוליטית הזאת, מופיע ישו מנצרת, איש צעיר וחדור אמונה אשר מעשי הניסים אשר חולל בגליל והדעות החברתיות הרדיקליות אשר להן הוא מטיף, מכים גלים בקרב העם. יש להניח כי השלטון הרומי, אשר נעזר במרגלים, לא היה עיוור לנוכחותו של ישו, אשר נע תמיד מוקף בשנים עשר השליחים המקיפים אותו ומאות ההולכים אחריו.

מכל מקום, ברור כי ישו גרם לנוכחותו להיות מורגשת היטב בשבוע האחרון לחייו. הימים, כזכור, ימי חג הפסח, מועד אשר בו עולים אלפי עולי רגל לירושלים. בתקופת החג היה הנציב הרומי, אשר ברגיל התגורר בקיסריה, עולה לירושלים למצודת אנטוניה (חקרא) בלוויית חייליו, על מנת להשגיח על הסדר ולדכא כל סימן לאי שקט. הבשורות מתארות כיצד ישו נכנס אל העיר רכוב על חמור לבן, כשהמוני העם מריעים לו ומקבלים את פניו בתרועות. ישו מגיע כל יום אל המקדש ונושא שם את דרשותיו, בהן הוא חוזר על תפיסותיו בשאלות מלכות השמים. ישו מגדיל לעשות ומגדיש את הסאה, במעשה אשר כפי הנראה חרץ סופית את דינו. הוא מגיע אל בית המקדש ומחולל מהומה כשהוא תוקף את החלפנים ומוכרי היונים שעסקו במסחר בחצר בית המקדש, הופך את שולחנותיהם ומגרש אותם.

אין תימה, אם כן, שפונטיוס פילטוס, מורה כבר למחרת על מעצרו של אותו מעורר מהומות, ומחשש שהתקרית תדרדר למהומה רבתי, הוא מורה על שליחתו של גדוד שלם בפיקוד צנטוריון ("שר מאה"), לבצע את המעצר במקום בו היה רגיל ישו להסתובב עם קהל מאמיניו. כבר העירו החוקרים כי העובדה שנשלח גדוד שלם, מורה שהפקודה לא יכלה להגיע אלא מפי הנציב הרומי. העובדה המשלימה כי פילטוס כבר ממתין בשעת הבוקר לניהול המשפט מאשרת את סברתנו הראשונה בדבר זהות רודפיו של ישו והמבקשים את דמו.

אשמתו של ישו, על פי הדין הרומי, עולה כבר מן השאלה הראשונה אותה מציג פילטוס בפני ישו, "האתה הוא מלך היהודים"? כמו גם מאוחר יותר, מן הכתובת המתנוססת על צלבו. ברור כי היומרה להמליך מלכים בפרובינקיה כבושה שהמלוכה בטלה בה זה מכבר, הייתה בגדר עבירה חמורה. עבירה זו הייתה עבירת בזיון מלכות רומי ("יוס מאייסטס" – *Jus Maiestas*), עבירה שנקבעה בחוק הרומי עוד בימיו של יוליוס קיסר,

ואשר בתקופתו של הקיסר טיבריוס (בה נצלב ישו), נעשה בה שימוש נרחב מקיף²¹. עבירה לפי חוק זה, הייתה, כמובן, כל מעשה בגידה בקיסר או ברומא, אולם גם מעשי מרידה, נטילת שררה או עלבון, בקיסר או מי מנציביו, ברומא ובמושבות. חוק המאייסטס, נודע לשמצה בתחולתו הרחבה, בשימוש הנרחב שנעשה בו כדי להסיר מן הדרך איומים פוליטיים, ובקלות הרבה בה הורשעו הנאשמים לפיו, אפילו היו אלו אזרחים רומאיים מכובדים מן המדרגה הראשונה ששכרו את שירותי הטובים שבסניגורים. פעמים רבות הוספה האשמה לפי חוק זה, לכתב האישום המקורי שהוגש כנגד אדם, משום הקלות שבהוכחתה. העונש הקבוע בצד העבירה, היה עונש מוות בצליבה.

יומרתו של ישו להמליך את עצמו למלך על היהודים (כך הוא מתייחס אל עצמו, וכך מתייחסים אליו מאמיניו), הייתה מסוכנת פוליטית לשלטון הרומי והיותה עבירה, גם אם הייתה נעברת במישור ההצהרתי בלבד, לא כל שכן כשהיא מלווה בקהל מאמינים ובמעשי מהומה רבתי. פילטוס, היה מחויב "לטפל" בסכנה זו במהירות ובתקיפות, ואכן במסגרת כתב המינוי של הנציב על הפרובינקיה (ה"אימפריום"), נכללה גם הסמכות לדון דין מוות ("יוס גלאדיאי") את התושבים המקומיים²² ופילטוס, כזכור, הפעיל את סמכותו ברצון רב.

אם כן האשמה המתבררת בפני פילטוס, היא אשמת ביזיון המלכות. האם היו בידי פילטוס די ראיות להרשיע את ישו? האם נכונים התיאורים בבשורות לפיהם פילטוס לא מוצא כל אשמה בישו ורק היהודים הם שדוחפים אותו בעל כורחו להרשיע את ישו?

כפי שכבר ראינו, העבירה בה נאשם ישו, הוכחה על נקלה. על אחת כמה וכמה פשוטים הדברים, משהנאשם מודה בה. על פי הדין הרומי, משהודה הנאשם, אין צורך בשמיעת עדים ובהבאת ראיות נוספות. ואכן כבר בראשית הדברים מציג פילטוס את שאלתו- האשמתו בפני ישו, "האתה הוא מלך היהודים?". קולמוסי דיו נשברו על פירוש תשובתו הידועה של ישו "אתה אמרת". האם יש כאן מצידו של ישו משום הודאה באשמה?

²¹ לסקירה מקפת על חוק ביזיון המלכות, ראה: צבי יעבץ יוליוס קיסר – תהפוכותיה של כריזמה (הוצאת דביר 1992) 85-88 וכן טיבריוס וקאליגולה – מהעמדת פנים לטירוף (הוצאת דביר 1995) 54-59, 235-242. כמו כן ראה בספרנו, עמ' 107-109. חיים כהן, כמוהו כפרופ' יעבץ, מתבססים, בין השאר, על ספריו של חוקר רומא הדגול, ההיסטוריון הגרמני בן המאה

ה-19, אשר הקדיש מספר ספרים לחוק הרומי, תיאודור מומסן.
²² סמכות בלתי מוגבלת זו של הנציב לא חלה על אזרחים רומיים, כפי שמראה סיפור משפטו של פאולוס, שהחל בפני הנציב, אולם הועבר, על פי דרישתו של פאולוס, לרומא. ראה מעשי השליחים 25, 10-12. מכל מקום, ישו היה יהודי מקומי ולא זכה לאזרחות רומית, וככזה היה נתון לסמכות שיפוטו של הנציב.

תשובתו הסתומה של ישו, אין בה משום כפירה מלאה ואין בה משום הודאה מלאה. וודאי שלו רצה לכפור באשמתו, יכול היה לעשות זאת במילים ברורות יותר. כך יכול היה גם להודות במפורש. עם זאת, נראה כי ישו, איש צעיר ומלא אידיאלים, אשר הברית החדשה מספרת לנו כי כבר הסכין עם מותו הצפוי ועם העובדה כי בא אל העולם על מנת להקריב את עצמו בעבור חטאי הרבים, אינו מוכן להתכחש לאמונתו הפנימית כי אכן הוא מלך היהודים והוא מוכן לתת את נפשו בעבורה. יתר על כך, מביא חיים כהן סימוכין לכך שמשמעות המילים "אמרת", יש בהן בלשון התלמוד גם להצביע על הסכמה לעובדה שצויינה ע"י הדובר הקודם, ואין צורך לחזור עליה²³. יוחנן עוד מוסיף כי פילטוס אשר אינו משתכנע, מוסיף ושואל את ישו, והוא משיב כי אכן מלך הוא אלא ש"מלכותו אינה מן העולם הזה" וכו'. יתכן שישו התכוון להודות ב"אשמת" מלכותו, אולם גם לקבוע כי אין בכך עבירה פוליטית. ברור הוא כי לפילטוס, כנציב וכשופט שאין מהרהרים אחריו, לא היה צורך להיכנס עם ישו לוויכוח תיאולוגי בדבר טיב מלכותו זו. ניתוח משפטי של הודאתו המלאה של ישו, יבהיר כי די בדברים אשר יצאו מפיו, "אתה אמרת; מלך אני" ויש בהם לאשר את ההאשמה המופנית כלפיו.

בסיכום בחינתנו המשפטית, נמצאנו כי על פי דיני רומי די בכל האמור עד כאן כדי ל"אשרר", גם אם בדיעבד, את פסק דינו של פילטוס, דבר שלא יכולנו, כזכור, לעשות על פי דין ההלכה ביחס ל"פסק דינה" של הסנהדרין.

לכאורה, מצאנו כי ישו עבר עבירה לפי חוקי רומי, הודה בה, גם אם במשתמע, ונשלח אל הצלב בפקודת הנציב הרומי. הנארטיב אותו ציירנו משתלב היטב בתיאור מעשיו המסוכנים של ישו בשבוע האחרון של חייו, אשר קירבו את קיצו. הוא תואם את עמידתו הבלתי מתפשרת, הן בפני פילטוס ואולי גם בפני הסנהדרין, על אמונותיו, את תיאור מאסרו, משפטו וצליבתו. אלא שהמבשרים אינם מסתפקים בתיאור זה ושוב משרבכים אל סיפור העלילה את "היהודים", אשר מלמדים קטיגוריה על ישו, מהלכים אימים על פילטוס שמא ישחרר את ישו ואף מסכלים את כוונתו של פילטוס לשחרר את ישו כאמור באפיזודת בר-אבא. ננסה לברר את סבירותם של האירועים הללו.

כמה זמן ארך משפטו של ישו? אנו קוראים בבשורות כי בבוקר יום שישי, יום משפטו וצליבתו של ישו, נלקח ישו מאת הסנהדרין עם שחר ומובא בפני פילטוס. לפי מרקוס בשעה השלישית (לאחר הזריחה) הוא כבר נתלה על הצלב, וזאת לאחר משפטו בפני פילטוס ולאחר כל אפיזודת העינויים וסחיבת הצלב. לפיכך, גם אם נניח כי כל המקומות המוזכרים: בית הכהן הגדול, ארמונו של פילטוס ואתר הצליבה, היו סמוכים זה לזה, וגם אם נניח כי הובלתו של ישו נעשתה במהירות וגם אם נניח כי התליין עשה מלאכתו ביעילות – עדיין נמצא כי משפטו של ישו בפני פילטוס, מוכרח היה, טכנית, להיות

²³ פלוסר, לעיל הערה 20, דוחה גרסה זו וטוען כי לא ניתן להבין את הדברים כהודאה מצידו של ישו.

משפט בוק. לתוך לוח זמנים קצרצר זה, "דוחסים" המבשרים גם את תיאור משא ומתן הדילוגים אשר מנהל פילטוס עם היהודים ואת כל אפיזודת חנינת בר-אבא. מגדיל לעשות לוקס אשר עוד כורך אל תוך סד הזמנים הנ"ל, גם את משפטו הנוסף של ישו בפני הורדוס אנטיפס. ברור, רק מניתוח לוח הזמנים הפשוט שערכנו, כי כל תיאור מעורבות היהודים איננו סביר ואינו ממש, ודי היה לו לפילטוס בבירור ההאשמה ובתשובתו של ישו, על מנת לשולחו אל הצלב ללא היסוסים וללא פקפוקים.

כל תיאור עמידתו של פילטוס כעלה נידף בפני היהודים, איננו מתקבל על הדעת, כשאנו משווים לנגד עינינו את דמותו האמורה של פילטוס כנציב קשוח ואכזר ואת מעמדו של היהודים כעם כבוש ומדוכא. קשה לראות את הנציב הרומי, שלו הסמכות העליונה בכל יהודה, מוקף בקציניו וחייליו, יושב למשפט על עבירה כנגד כבודה וריבונותה של האימפריה הרומית, וכל מהלכיו מוכתבים בידי האספסוף המקומי. עוד יותר מופרך, התיאור **ביוחנן**, לפיו פילטוס בא וחוזר, שב לכס משפטו וקם ממנו, אל היהודים המתגודדים מעבר לילון מחשש לטומאה. גם אם נמצאו תיאורים של משפטים פומביים ברומי שבהם נשמעו הערות ביניים מצד הקהל, לא מצאנו סימוכין לכך שהשופט, לא כל שכן הנציב, ביטל את רצונו מפני רצון ההמון. עוד יותר קשים הדברים כאמור אצל יוחנן, הגורס שהמשפט לא התנהל תחת כיפת השמיים, אלא בחדר סגור, ופילטוס הוא היוצא מפעם בפעם אל היהודים המתגודדים בחוץ. יתרה מכך, אם אכן סבר פילטוס, כפי שטוען יוחנן, כי אין כל אשמה בישו, מדוע לא שילחו לחופשי? מדוע לא זיכה אותו?

ומי הם "היהודים" אשר מקטרגים על ישו? ספק רב אם הכהנים הם שעוררו את העם לחזור ולדרוש מפילטוס, "הצלב אותו", לא כל שכן ערב חג הפסח. ואם אכן הסיתו הכהנים את העם, עד כדי שהעדות על פעולתם נתגלגלה עשרות שנים עד שהגיעה לאוזני המבשרים, כיצד לא הבחין פילטוס או מי מעוזריו בפעילות חתרנית זו? תיאור מעשי היהודים במהלך משפט הבזק וכל הניסיון להציג את היהודים כעדר צמא-דם, נראה בעייתי ומגמת. ישו, כזכור, היה דמות מקובלת ואהובה בקרב העם. אנו קוראים בברית החדשה כיצד נתקבל באהבה עם בואו לירושלים, כיצד נהו אחריו מאות, כיצד בעת מעצרו היו ניסיונות התנגדות, אפילו בכוח, מצד תומכיו. להיכן נפוצו כל תומכיו? מדוע לא באו אל מקום המשפט? כיצד תפס את מקומם ערב-רב של אספסוף מוסת? ועוד, גם אם היו בקרב העם או בקרב המנהיגות הממוסדת, גורמים שפעילותו ואמונתו של ישו, הייתה בעיניהם לצנינים, אין זה מתקבל על הדעת שבני עם כבוש, גם אם הם שוטמים את אחד מבניהם, יסגירוהו לידי הכובש השנוא ויפצירו בו להוציא להורג את אחד מבני עמם, ועוד בגין עבירה פוליטית.

אין זאת, כי אם בכלל היו יהודים נוכחים במשפט, ואם נטלו בו חלק כאמור, לא היו אלו אלא אותם שנפגעו ממעשיו יום קודם לכן, מוכרי היונים והחלפנים אשר ישו פגע במשלח ידם, ומן הסתם גם עמדו מאחורי ההלשנה על מעשיו לשלטון הרומי. גם אם

נרחיק ונאמר כי הייתה כאן משום אינטריגה של אותם בעלי עניין לנקום בישו על מעשיו ביום הקודם, אכן חוטאים המבשרים לאמת ולעם היהודי בכנותם אותם את כל אותה קבוצה בשם הכולל "היהודים".

היכרות עם פרוצדורת המשפט הרומי, מראה כי התפקיד שהועידו המבשרים לאותם "היהודים" כמקטרגים אשר האשימו את ישו בהאשמות מהאשמות שונות, אינו סביר. על פי המשפט הרומי אין קבוצת קטיגורים, כי אם אדם יחיד בלבד. זאת משום שהחוק הרומי הטיל על המאשים חביות שונות, למשל באם האשים את חברו שלא כדין או מתוך קנזניה. ניתן להטיל עונשים על מאשים שהתרשל בהאשמתו של פלוני או שחזר בו לפני תום המשפט וניתן לקנוס אותו. הגוף המאשים על פי דיני רומי, איננו גוף ערטילאי, ההמון כפי שהוא מצטייר בבשורות, כי אם אדם או גוף קונקרטי, וגם בענין זה אין התיאור המופיע בברית החדשה, סביר.

נבחן את מעשה בר-אבא: כזכור, ביקש פילטוס להציל את ישו בכך שיתקיים בו המנהג לחון מידי חג הפסח אסיר יהודי אחד, אולם העם סיכל כוונה זו ודרש את שחרורו של הרוצח והמורד במלכות בר-אבא ודרש שוב ושוב את צליבתו של ישו. חיים כהן מונה מספר אבסורדים בסיפור בר-אבא המוציאים אותו מגדר האפשר:

- א. לא נמצאה כל ידיעה היסטורית על מנהג, כביכול, של נציבי יהודה לחון לקראת חג הפסח אסיר יהודי, לבקשת העם.
- ב. סמכות המחילה בעולם הרומי (הקלמנטיה, ועד היום באנגלית, Clemency) הייתה נתונה לקיסר והוא לא האציל אותה לנציבים.
- ג. אם פילטוס לא מצא, כאמור, כל אשמה בישו, מדוע היה צורך לחון אותו מפשעו, כשהפעולה המתבקשת היא לזכותו מלכתחילה?
- ד. מדוע המועמדים לחנינה הם שניים בלבד, ישו ובר-אבא? מה על שני הפושעים, אשר מאוחר יותר נצלבם ביחד עם ישו?
- ה. ניסיונות היסטוריים, להתחקות אחר דמותו של בר-אבא זה, שהיה על פי הברית החדשה דמות ידועה, לא צלחו.

כל אלו באו להראות כי כל סיפור בר-אבא לא היה ולא נברא והוא משתלב במגמת המבשרים להשחיר את פני היהודים. העובדה כי ישו נשפט ונצלב בידי נציב רומי וחייליו כמורד במלכות, הייתה מעוגנת מידי במסורות המוכרות, מכדי שהמבשרים יוכלו להתכחש לה (אם כי גם כאן, מגדיל יוחנן לעשות, וכפי שנראה, טוען כי היהודים הם אלו שצלבו את ישו). לא נותר למבשרים, אם כן, לשלב בתוך סיפור משפטו הקצר של ישו, שהיה רק אחד מתוך מאות יהודים שנשפטו ונצלבו על עבירות דומות, את סיפור התערבותם הגסה של היהודים במשפט ובניסיון לחון את ישו. מגדיש את הסאה האבנגליון של מתי, בהוסיפו את התיאור הציורי-נבואי כמעט, בו פילטוס רוחץ את ידיו

על שום מצפוננו שמייסרו ואת העם אשר נוטל על שכמו את האחריות לעתיד לבוא על דמו של ישו שנשפך. ברור כי סצינה מופרכת זו, במהלכו של משפט בידי נציב רומי, הוספה מאוחר יותר על מנת לשרת צרכים מיסיונריים על חשבון האמת העובדתית.

סופו של דבר, ישו נלקח אל הצלב ע"י החיילים הרומאיים. אולם גם כאן, לא נשלמה מלאכתנו, ועוד עלינו להתמודד עם הטענה כי היהודים הם אלו שצלבנו את ישו או לפחות נטלו חלק פעיל במעשה זה כשהם מקפצים ומפוזזים.

מותו של ישו

תיאור שעותיו האחרונות של ישו, כרוך בתיאור סבלותיו של ישו וכולל אף הוא אפיזודות בהן נוטלים היהודים חלק בהשפלתו של ישו, בהתלוצצויות על חשבוננו ובנסיונות להוסיף על יסוריו, בהגשת היין המר ולאחריו החומץ לישו הצלוב ובחלוקת בגדיו.

ראשית כל, מציין חיים כהן, כי בעוד שתיאור יסוריו של ישו נראה על פניו כקשה ונועד מן הסתם לעורר בקרב המאמינים הזדהות עם סבלותיו ואת הכרת התודה על קורבנו של ישו שבא בעבור חטאותיהם, הרי שבהשוואה לנהוג בעונשי צליבה, נחסכו מישו יסורים רבים. עונש הצליבה היה עונש אכזרי וקשה שכלל מרכיבי ענישה רבים מלבד המוות עצמו, ושפר עליו גורלו של ישו שלא טעם מהם עד תומם.

ראשית, פעמים רבות כלל המשפט הרומי את השימוש בעינויים, כדרך חקירתית על מנת לחלץ מן הנאשם הודאה. עינויים אלו כללו שימוש במכשירי עינויים איומים שכללו מתיחת אבריו של הנחקר, הלקאה בשוטים עד זוב דם וגרימת כוויות באמצעות שיפודים רותחים. ואילו בעניינו, גם אם ישנו תיאור לקוני אצל **יוחנן** שבו מורה פילטוס במהלך המשפט לייסר את ישו בשוטים, אין ללמוד ממנו כי ישו נתענה באותם עינויים קשים שהיו מנת חלקו של הצלוב במשפט הרומי, וככלל אנו רואים שהוא עומד בפני פילטוס שלם בגופו ואף כשיר לנהל עמו וויכוחים תיאולוגיים.

שנית, חלק בלתי נפרד מעונש הצליבה היה סחיבת קרש הצלב, לכל אורך הדרך, כשהוא קשור אל גבו של הנידון באמצעות מזלג (פורקה) שננעץ בבשרו. ואילו אין אנו רואים בתיאורים הנוגעים לישו כי אותו מזלג ננעץ בבשרו, אלא שאף מסייעים בידו בסחיבת הצלב, בכך שציוו על עובר אורח, שמעון מקיריני, לשאת את הצלב לאחר שישו מתמוטט.

שלישית, נהוג היה להפשיט את הנדון וכך לתלותו על הצלב. ביחס לישו אנו רואים כי הדבר לא נעשה ולאחר שהפשיטוהו ממעיל הארגמן שעטו אליו, על מנת לשימו לצחוק, שבו והלבישוהו בבגדיו וכך נצלב.

רביעית, עונש הצליבה כלל גם את השארת גופתו של הנדון על הצלב במשך ימים מספר, ולרוב כלל חלק מן "העונש" איסור מפורש להוריד את הצלוב מן הצלב, וזאת על מנת לשרת את צרכי ההרתעה שבהוקעתו בפומבי, עד כדי כך שפעמים רבות נאכלה נבלתו של הצלוב בידי חיות ועופות. כל מי שצפה בסרטו של סטנלי קיבוריק על מנהיג העבדים המתמרד ספרטאקוס, זוכר וודאי כיצד לאחר דיכוי המרד, נצלבים העבדים באלפיהם ימים ארוכים לכל אורך "ויה אפיה". ואילו בבשורות אנו קוראים שמייד לאחר שישו נפח את נשמתו, נענה פילטוס לבקשת היהודים להוריד את גופתו ולהביאה לקבורה, שמא ילינו את גופתו במהלך החג.

נראה כי ביחס לעונשי הצליבה המקובלים, ישו "יצא בזול", על אף שהמבשרים לא חוסכים מאמץ להציג את היהודים כמי שמוסיפים על סבלותיו. נראה, כי פילטוס וחייליו, חסו משום מה על ישו ונהגו בו במתינות, אם משום רחמיהם שנכמרו עליו ואם משום שהיהודים שנכחו בצליבה, השתדלו למענו. תיאורי המכות שקיבל ישו בקנה על ראשו, היריקה בפניו ותיאורי הלעג של החיילים הרומאיים "ברוך בואך מלך היהודים" מצטיירים על רקע ההשוואה לנהוג בעונשי הצליבה, כיציאה ידי חובה.

עוד עלינו להתמודד עם טענתו של המבשר **יוחנן**, כי היהודים הם שצלבו את ישו. יוחנן יודע לספר כי לאחר המשפט ולאחר שדרשו ראשי הכהנים מפילטוס לצלוב את ישו, "מסרו אליהם להצליבו, ויקחו את ישוע ויוליכוהו... ויצלבו אותו שמה"²⁴.

טענתו הקשה הזו של יוחנן מתגלה עד מהרה כמופרכת. **ראשית**, משום שאר 3 האבנגליונים הסינופטיים, לא מוסרים ולו ברמז על כך שישו נצלב בידי היהודים, וכולם נאמנים למסורת כי ישו נצלב בידי החיילים הרומאיים. **שנית**, משום שהכתובת על צלבו של ישו מוסרת כאלף עדים מי הוא שצלבו ועל שום מה. היה זה פילטוס אשר הורה על קביעת הכתובת "ישו הנוצרי, מלך היהודים"²⁵ על הצלב. **שלישית**, ישו נצלב ב"חברתם" של שני פושעים נוספים. האם גם אותם צלבו היהודים? בגין איזו עבירה? מתי היה הזמן בידי הסנהדרין לשופטם, כשכל הלילה והבוקר היא עסוקה בענייניו של ישו? ו**רביעית**, וחשוב מכל, יוחנן עצמו מציין מספר פסוקים לאחר מכן כי **החיילים הרומיים** אשר צלבו את ישו חילקו בניהם את בגדיו!²⁶

²⁴ יוחנן 19, 16-18.

²⁵ וברומית, "Jesus Nazareneus Rex Iudaeorum". ראשי התיבות, I.N.R.I, מופיעים על גבי מצבות הקבורה הנוצריות עד היום.

²⁶ יוחנן 19, 23.

מה הסבירות בתיאור זה לפיו ישו נצלב בידי יהודים? חוקרים רבים, אשר נתפסו במסורת היוחננית הנ"ל, ניסו להוכיח באותות ובמופתים, כי עונש הצליבה היה עונש מקובל בידי היהודים. חוקרים אלו נתפסו בזיהוי המילה "תלייה" במקורות היהודים, כצליבה (כך, למשל, מקום שהמקור העברי מאזכר "תלייה", התרגום הארמי הוא "צליבה"). אלא שברור הוא כי עונש הצליבה, במובנו הידוע לנו, במובן שנתקיים בישו, כלומר תלייה של האדם קשור (ולעיתים ממוסמר) אל הקרש, עד צאת נשמתו, איננו בגדר עונש מוות יהודי מוסמך.

המיתות המוזכרות במקרא, היו סקילה, שריפה ותלייה. אולם התלייה האמורה במקרא, היא פעולת תלייה שאין מטרתה להשיג את מות הנידון, כי אם להוקיעו וזאת על מנת להשיג את מטרת ההרתעה. במקרים אלו נעשתה התלייה לאחר המתת הנידון, והוא הורד מן העץ עד מהרה (כך למשל אנו רואים בסיפור תליית חמשת המלכים ע"י יהושע²⁷). חיים כהן מביא בספרו²⁸ שורה של דוגמאות המוכיחות כי השימוש בעונש התלייה לשם המתה, לא נעשה במקרא במסגרת ההליך השיפוטי הרגיל, ומקום שהמקרא מזכיר תליות כאמור, מדובר במנהגי הגויים (כגון אחשוורוש שתלה את המן ועשרת בניו) או בפעולת עונשין שנעשתה במסגרת מלחמות בני ישראל באויביהם (כגון יהושע שתלה את מלך העי).

דרבנן, מוכרות 4 מיתות בית דין: חנק, הרג, שריפה וסקילה. במקומות בהם מוזכר בתלמוד עונש התלייה, הכוונה היא למיתת בית דין הראשונה, הידועה כחנק. מיתה זו נעשתה באמצעות חבל והיא שונה מהותית באופן הוצאה להורג, כמו גם במשך הזמן ובמידת ההומאניות שבה, מן הצליבה על העץ, הצליבה הרומאית.

שכן, בעוד שלא מצאנו סימוכין שהצליבה על הקרש, הייתה עונש מקובל בקרב היהודים, נמצאים סימוכין לרוב בדבר הפעלתה של שיטה זו ע"י הרומאים. מקורות היסטוריים רבים מציינים כי הצליבה הייתה דרך הוצאה להורג מקובלת ברומי עוד מקדמת דנן. יתרה על כך, הרומאים אף הפעילו שיטה זו באורח סיטונאי גם ביהודה. מקורות היסטוריים לכך אנו מוצאים בכתביו של יוסף בן מתתיהו המתאר בספריו "קדמוניות היהודים" ו"מלחמת היהודים ברומאים" כי הנציב קווינטיליוס וארוס ציווה לצלוב על הרי ירושלים כאלפיים מלוחמי המחתרת, הנציב טיבריוס אלכסנדר גזר את דינם של בניו של לוחם המחתרת יהודה הגלילי, יעקוב ושמעון, למוות בצליבה, הנציב פלוורוס צלב 3600 יהודים באקט אכזרי שסייע להצית את המרד הגדול, טיטוס בדכאו את המרד הגדול הורה על צליבתם של השבויים היהודים ועוד כהנה וכהנה.

²⁷ יהושע י' כ"ו.

²⁸ כהן, לעיל הערה 2, עמ' 134-136.

עד כדי כך היו הצליבות לעובדה שרירה וקיימת ביהודה עד כי אנו מוצאים בהלכה דינים שלמים המיוחסים לשאלת הצליבה, אשר אף זוכה לכינוי המפורש תלייה "כדרך שהמלכות עושה"²⁹. כך מצאנו דינים לגבי השאלה מתי ניתן לקבוע האם נשמתו של הצלוב יצאה והדם הניגר מפצעיו הוא דמו של המת (ועל כן מטמא³⁰) או דין בשאלה האם יש צורך בעדות על צליבתו של אדם על מנת לשחרר את אישתו מעגינותה³¹ או מה מעמדו של גט אשר נותן הצלוב מעל צלבו לאישתו³². יש לציין, כי היו מצבים בהם נצלב האדם, פשוט ע"י קשירתו בחבלים אל הצלב, כך שהוציא את נשמתו במשך ימים בצמא או בחולשה. עם זאת, מן התיאורים המפורשים, אנו למדים כי צורת הצליבה הנפוצה ביהודה הייתה צליבה במסמרים אל הקרש, כך שהנידון מת כתוצאה מאיבוד דמו. יש להניח, למרות שהמבשרים אינם מפרטים, כי בדרך זו גם נצלב ישו. הדבר מסביר גם את מותו המהיר בתוך 6 שעות.

במהלך תיאור הצליבה אנו מתעכבים על מספר אירועים שאין בהם כל היגיון או סימוכין היסטוריים. כך למשל התיאור של דרישת היהודים לשבור את עצמות שוקיו של ישו על מנת להחיש את המוות, כך שניתן יהיה לקבור את ישו טרם כניסת החג. מדוע המבשרים סוטים ממגמתם להשחיר את פני היהודים, ולפתע מציגים אותם כמי שמבקשים להקל את סבלו? כך גם התיאור לפיו משקים את ישו חומץ. מדוע דווקא חומץ מכל המשקאות, שאין בו כדי לטשטש את חושיו של הנידון ולהקל על סבלו כפי שיכול היה לעשות היין, או לרוות את צמאונו כפי שהיו עושים המים? ועל מה מבוסס תיאור חלוקת בגדיו של ישו? מדוע מופיע תיאור זה כשאין בנמצא סימוכין לנוהג כאמור בידי תלייני רומי? ומדוע לחלק דווקא את בגדיו של ישו ולא בגדי שני הנצלבים בסמוך עמו?

אין זאת אלא שתיאורים אלו, באים שוב לשרת את הצורך התיאולוגי להציג את ישו כמי שנתקיימו בו פסוקים שונים מן התנ"ך, וזאת גם על חשבון הדיוק העובדתי. העובדה כי עצמותיו של ישו לא נשברו (להבדיל מעצמות שני הנצלבים סמוך אליו) באה לקיים בישו את האמור בקורבן הפסח "ועצם לא תשברו בו" (שמות י"ב מ"ו) על מנת ליצור את ההקבלה התיאולוגית המתבקשת ולהציג את ישו, המועלה לקורבן כאותו שה הפסח, בעבור חטאי האנושות. סיפור החומץ נועד לקיים בישו את הפסוק "ויתנו בברותי ראש ולצמאי ישקוני חומץ" (תהלים ס"ט כ"ב) ותיאור חלוקת הבגדים הוא כאמור בתהלים כ"ב י"ט: "יחלקו בגדי להם ועל מלבושי יפילו גורל".

חיים כהן מוסיף וקובע כי בתוך השיטה שהצגנו לעיל, ניתן גם להסביר את תיאור היהודים המתלוצצים בישו לכל אורך מסעו וצליבתו, כנועד לקיים בישו את הפסוק

²⁹ סנהדרין מ"ו ע"ב.

³⁰ משנה, אהלות, ג' ה'.

³¹ משנה, יבמות, ט"ז ג'.

³² תוספתא גיטין ז' א'; שולחן ערוך אבן העזר סימן קכ"א ח'.

מתהלים כ"ב ח': "כל רואי ילעיגו לי, יפטירו בשפה, יניעו ראש". אין היגיון רב, מעבר לכך, בתיאורי העליצות ההיסטרית, המרושעת והשמחה לאיד, של היהודים למראה אחד מבני עמם, המוצא להורג בצו הנציב העליון של השלטון הזר והנתעב בגין עבירה פוליטית.

לבסוף, אין לנו אלא להתעכב עוד על קבורתו של ישו. ישו נקבר באחוזתו של יוסף הרמתי וגם מכאן ניתן ללמוד שמצא את מותו כהרוג מלכות ולא כהרוג בית דין. שהרוג בית דין חובה לקבור באחד משני בתי הקברות "שהיו מתוקנין לבית דין"³³.

סופם של דברים, מכל דבר מותו של ישו, החל בעצם עונש הצליבה, תיאור החיילים המובילים את ישו וצולבים אותו, עבור בכתובת המתנוססת על צלבו, וכלה בעובדה שנצלב כענין שבשגרה עם עוד שני נידונים למוות כמוהו, אנו למדים על המשכם הטבעי של ההליכים אותם הצגנו קודם לכן: ישו נעצר בפקודת הנציב הרומי, נשפט על ידי שופט רומי בגין עבירה על פי דיני רומי והוצא להורג כדרך שעושה מלכות רומי.

אפילוג

בספר מעשי השליחים אנו קוראים כי כבר מראשית דרכה של הדת החדשה, החלו ראשוני המפיצים אותה להטיח ביהודים את אשמת מותו של ישו. כבר מספר שנים לאחר הצליבה, עומדים השליחים, בהם בכיר השליחים פטרוס, למשפט בפני הסנהדרין על שום שהפרו את צו הסנהדרין שלא ללמד את הדת החדשה. כבר בהזדמנות זו פונה פטרוס אל הסנהדרין ומטיח בה את האשמה המפורשת: "אלוהי אבותינו הקים את ישוע, אשר שלחתם ידכם בו ותתלו אותו על העץ"³⁴.

אותן שנים נאבקה הדת החדשה על עצם קיומה, בפני קהל יהודי עויין ואל מול השלטונות הרומאיים הרודפים אותם. בתוך מספר שנים תפוס התאוצה הנוצרית כיוון חדש, ומפלג פנים-יהודי, תהפוך לדת אוניברסלית המופנית בעיקרה כלפי הפאגאנים, מהלך עליו ינצח השליח פאולוס (ורבים כבר תהו האם לא נכון לומר שפאולוס היה הנוצרי הראשון). מהלך זה, יגרום לנצרות להפנות את עורפה אל אמה-הורתה. בשנות ה-70 של המאה הראשונה לספירה, על רקע כשלון המרד היהודי הגדול ושנאת היהודים שנפוצה בעולם הרומאי, יחל מרקוס לכתוב את הבשורה הראשונה, עליה נסמכו הבאים אחריו. הריחוק בזמן והצרכים הפוליטיים המידיים, עמדו ביסוד המגמתיות ואי הדיוקים, עליהם הצבענו במאמרנו זה, בתיאור מעורבותם של היהודים בפרשת מותו של ישו.

³³ משנה, סנהדרין, ו' ה'.
³⁴ מעשי השליחים 5, 29-30.

בתחילת המאה ה-4 יכיר הקיסר קונסטנטינוס הגדול, בנצרות כדת הרשמית של האימפריה הרומית. הגלגל השלים את תנופתו האחרונה. תקופה בת מאות שנים של אנטישמיות נוצרית, בחסות השלטון החילוני, תחל. אשמת מותו של ישו, שדבקה ביהודים באותם שניים-שלושה פרקים ספורים בבשורות הנוצריות, תגבה את מחירה המלא ממאות קהילות יהודיות.

רק בשתי המאות האחרונות, החלה רביזיה מדעית בהסתכלות על האירועים שגרמו למותו של ישו הנוצרי ורק בשנים האחרונות החלה הכנסייה הנוצרית, משנה את עמדתה המסורתית. בקונציליום האקומני השני של הוותיקן מ-1965, התכנסות היסטורית מבחינות רבות, נתקבלו גם החלטות המנקות את היהודים כעם מאחריות למותו של ישו ומגנות בדיעבד את הרדיפות בהן היו נתונים. כינון היחסים הדיפלומטיים בין מדינת ישראל לוותיקן וגישתו הנאורה של האפיפיור המכהן, יוחנן פאולוס השני, יש בהם סימנים חיוביים להשלמה בת 2000 שנה שאולי מתחילה להתרקם.

ספרו של חיים כהן, מרים תרומה גדולה וחשובה במאמץ האמור. הניסיון האינטלקטואלי הכביר, לבחון את תקפות המשפטית של ידיעות היסטוריות מתוך העובדות הגלומות בהן, הוא תרגיל מחשבתי מרתק. השילוב המופלא שבין ההיסטוריה למשפט, הוא לא רק תחום אקדמאי חדש הפורץ גבולות, בהתאם לרוח האינטרדיסציפלינה שכולנו מצוויים בה, אלא הוא גם כר מבטיח לעריכת "משפטים חוזרים" בשורה של מקרים: בחינת משפטו של סוקרטס לפי רוח חוקי יוון או גזירת דינה של ז'אן ד'ארק בהתאם לכללי המשפט הכנסייתי והצרפתי במאה ה-15. עוד היד נטוייה.

השמן וצה"ל¹

האם מן הראוי כי פקודת זיהום מי-ים בשמן, תש"ם – 1980 תחול על צה"ל?

דורית טליתמן²

1. **מבוא** 1.1 כללי 1.2 מצב הים – כללי 1.2.1 מצב הים 1.2.2 הנזקים הנגרמים לסביבה הימית כתוצאה מסוגי מזהמים שונים 1.2.3 הגורמים לזיהום על סוגיהם 1.3 מצב הים התיכון וחופי מדינת ישראל 1.4 נורמות משפטיות לפתרון בעיות זיהום ים ושאלת תחולתן על הצבא 2. **תחולת אמנות בינלאומיות, העוסקות בזיהום ים, על הצבא** 2.1 רקע - סקירה כללית על האמנות ודרישותיהן 2.1.1 האמנות בהן יתמקד הדיון 2.1.2 מרפול - הסטוריה חקיקתית והוראות מרכזיות 2.1.3 אמנת הים - הסטוריה חקיקתית והוראות בדבר זיהום בשמן 2.1.4 אמנת ברצלונה 2.1.4.1 הסטוריה שהובילה לחקיקת האמנה 2.1.4.2 תוכן אמנת ברצלונה ופרוטוקול מקורות יבשתיים 2.2 אי תחולת האמנות על הצבא כדרישת המדינות המשתתפות (וסעיף ההשתדלות) 2.3 האם מן הראוי להחיל אמנות בין לאומיות גם על הצבא? 2.3.1 חלקן של אוניות בבעלות המדינה בזיהום הים 2.3.2 דוגמא אישית 2.3.3 "סעיף ההשתדלות" 2.3.4 הפתרון: החלת האמנה על המדינות תוך מתן אפשרות אכיפה למדינת הדגל בלבד 3. **תחולת חוקים העוסקים בזיהום ים על הצבא** 3.1 כללי 3.2 החוקים במדינת ישראל העוסקים בזיהום ים 3.3 תחולת החוקים הישראליים על הצבא 3.4 האם מן הראוי להחיל את פקודת השמן על הצבא? 3.4.1 החובה במישור הבינלאומי 3.4.2 האם צה"ל הינו גורם המזהם את הים? 3.4.2.1 זיהום הים בשמן 3.4.2.2 זיהום הים ממקורות יבשתיים 3.4.3 האם קיים טעם בהחלת הפקודה – האם קיימת אכיפה על ידי המשרד לאיכות הסביבה כלפי הצבא בחוקים החלים על הצבא? 3.4.3.1 האם קיימת הפליה לטובת הצבא? 3.4.3.2 האם הוגשו תביעות כנגד הצבא? 3.4.4 השלכות החלת החוקים על תפקוד כלי השייט הצבאיים 3.4.5 האם קיים ניגוד אינטרסים בין האינטרס הבטחוני לבין האינטרס לשמור על הים נקי? 3.4.6 התלות ברצונם הטוב של גורמים אנושיים שונים על מנת שתבצע אכיפה 3.4.7 הפן החינוכי – כיצד ייתכן שכלפי הצבא לא וכלפי אחרים כן? 4. **מסקנות**.

¹ תודתי נתונה לאגף הים והחופים של המשרד לאיכות הסביבה על שיתוף הפעולה יוצא הדופן, ובייחוד למר נמרוד אוטיץ, מפקח איזור חיפה באגף הים והחופים, ולד"ר אלון טל. כן תודתי לסגן מייקל בן-דוד, מפקד המגמה לדין בינלאומי בבית הספר למשפט צבאי ולסגן עדי ביתן.

² הכותבת שרתה בפרקליטות חיל הים, בתפקיד היועצת המשפטית של חיל הים, ולאחר מכן כקצינת מחקר והדרכה במגמת הדין הבין-לאומי בבית הספר למשפט צבאי.

1. מבוא**1.1 כללי**

מאמר זה מציג את המצב הקיים ומעלה הצעות לשיפור בנוגע לשאלה האם מן הראוי כי פקודת זיהום מי-ים בשמן (להלן: פקודת השמן) תחול על צה"ל. על מנת לענות על שאלה זו, המאמר יפתח בסקירה כללית קצרה על מצב הים בעולם, תוך התמקדות במצב הקיים במדינת ישראל. המשפט הסביבתי (הן הלאומי והן הבינלאומי) נוצר על-מנת לתת פתרונות לבעיות אקולוגיות, אשר נוצרו במהלך השנים עקב התפתחות הטכנולוגיה והתעשייה. על-מנת להבין את הפתרונות המשפטיים שהתקבלו, נידרש תחילה לבעיות הסביבתיות. לכן, המאמר מתחיל בהצגה קצרה של הבעיות המרכזיות בנושא זיהום הים.

חלקו השני של המאמר יבחן מהן התחייבויותיה של מדינת ישראל במישור הבינלאומי בכל הנוגע לזיהום הים בשמן על ידי כלי שיט צבאיים. נבחן את המצב המצוי תוך העלאת ביקורת והצעות לשיפור במישור האמנות הבינלאומיות העוסקות בזיהום הים בשמן. לאחר שנענה על השאלה הגלובלית, במישור הבינלאומי, נתפנה לבחון את ההצדקות להחלת פקודת השמן על הצבא, תוך התייחסות לבעיות המתעוררות עקב כך. חלקו האחרון של המאמר יציג את המסקנות, הנוגעות לשתי השאלות בהן דן מאמר זה, תוך העלאת הצעה לשינוי המצב הקיים.

1.2 מצב הים - כללי**1.2.1 מצב הים**

במאה הנוכחית, עם פיתוח הטכנולוגיה והשימוש הגובר בים כבאגן פסולת, חלה עליה קיצונית בהשפעת האדם על הסביבה הימית, המסכנת את עצם קיומן של מערכות ימיות במקומות שונים בעולם.³ אסונות מיכליות הנפט הגדולים בעולם, כמו Exxon Valdez,⁴ Amoco Cadiz,⁵ Torrey Canyon⁶, Mega Borg⁷, ו-Argo⁸

³ לי פישלזון "הים וניצולו על ידי האדם" אקולוגיה: אדם וסביבתו קובץ מאמרים (י' ויזל ולי פישלזון, עורכים) 250, 234.

⁴ ב – 1989, נשפכו 267,000 חביות של נפט גולמי אל מיצר Prince William באלסקה. J.S. Dehner "Vessel-Source Pollution and Public Vessels: Sovereign Immunity V. Compliance, Implications for International Environmental Law", 9 Emory International Law Review (1995) 507. בעמ' 2.

כן ראה: E.F.J. Yuzon "Full Speed Ahead: International Law Concerning Marine Pollution and the United States Navy – Steaming Towards State Responsibility and Compliance", 9 Pace International Law Review (1997) 57. בעמ' 3.

Merchant הביאו להכרה, כי הסביבה הימית אינה "חור שחור", אשר הזיהום יכול להיבלע בו מבלי להיות מורגש.

1.2.2 הנזקים הנגרמים לסביבה הימית כתוצאה מסוגי מזהמים שונים

סוגי המזהמים, המושלכים מדי יום אל מימי הים הינם רבים ומגוונים, וכך גם השפעותיהם המזיקות על הסביבה הימית ועל החי בה. מאמר זה אינו בא לדרוך בכל סוגי הזיהומים. אנו רק נאזכר בקצרה ובכלליות את סוגי המזהמים המרכזיים ואת הנזקים העיקריים, אשר הם גורמים. אין צורך להכביר מילים בדבר חשיבות הים והאסון הצפוי כתוצאה מנזקים, אשר ייגרמו עקב זיהום הים. תיירות, כלכלה, תעשייה, תחבורה, ומזון הינם רק חלק קטן משימושי הים. פגיעה ביצורי הים החיים לא רק תפגע במגוון המינים, כי אם תהיה בעלת השפעה ישירה אף על יכולת האדם למצוא מזון. זיהום מאסיבי של האוקיינוסים יפגע במקור החמצן הגדול בעולם.⁹ אך הגרוע מכל הינו הנזק הבלתי ידוע לסביבה הימית עקב השפעה מצטברת של מזהמים במהלך השנים.¹⁰

פסולת

מקורה של האשפה הימית הוא מהיבשה ומאוניות המשייטות באוקיינוסים. אחת הבעיות החמורות ביותר בתחום הפסולת היא מוצרי פלסטיק. פריטי הפלסטיק שמגיעים לים חסינים מפני התפרקות והם יכולים להיסחף בים שנים ארוכות ולעבור מרחקים עצומים. השפעת האשפה הימית על הסביבה עדיין אינה ברורה כל צרכה, אך ידועים מקרים רבים

S. J. Darmody "The Oil Pollution Act's criminal penalties: On a collision : וכן : course with the law of the sea", 21 **Boston College Environmental Affairs Law Review** (1993) 89. בעמ' 5, ה"ש 23.

⁵ ב - 1978 נשפכו 1,628,000 חביות של נפט גולמי אל עבר חופי צרפת (Darmody), **לעיל** הערה 4, בעמ' 5 ה"ש 20).

⁶ ב- 1967 נשפכו 909,000 חביות נפט גולמי לתעלה הבריטית (Darmody), **לעיל** הערה 4, בעמ' 5 ה"ש 21).

⁷ ב - 1990 נשפכו 14,000 טון של נפט גולמי ועלו באש במפרץ מכסיקו (Darmody), **לעיל** הערה 4, בעמ' 5 ה"ש 22).

⁸ ב - 1976 נשפכו 225,000 חביות נפט גולמי לאוקינוס האטלנטי (Darmody), **לעיל** הערה 4, בעמ' 5 ה"ש 24).

⁹ P.S. Dempsey "Compliance and enforcement in international law - oil pollution of the marine environment by ocean vessels", 6 **Journal of International Law & Business** (1984) 459.

¹⁰ Darmody, **לעיל** הערה 4, בעמ' 6 ה"ש 30, 31.

של הסתבכות בעלי חיים בפסולת וטריפה של פסולת¹¹. עם זאת ידוע כי הנזק הנגרם לבעלי חיים ימיים ולאטרי נופש ותיירות הוא כבד¹².

נפט (שמן)¹³

על פי חישובים זהירים כמות הנפט הנשפך לים עקב הובלת נפט או על ידי מי נטל (מים), המשמשים כמשא לייצוב כלי השייט. לאחר שהאוניה פורקת את מטען השמן שנשאה, עליה למלא את נפח המיכלים על מנת לשמור על יציבות כלי השייט, וכך לשמור על יכולת הפלגה ותמרון. מילוי המיכלים נעשה, בדרך כלל במי-ים. כאשר ממלאים מי ים באותם מיכלים בהם מצוי היה שמן, הם מתערבבים בשמן וכאשר מריקים אותם בחזרה אל הים הם מזהמים אותו (בשמן) מגיעה לכעשרים מיליון טון בשנה¹⁴. הנפט הינו מוצר אורגני מורכב מפחמימות שונות. כמו כן, יש בו מינרלים שונים ומתכות. חלק מחומרים אלה מתנדף במהירות, חלק אחר שוקע בהדרגה בתוך הים. מקטע נוסף מתגבש בצורת זפת ולרוב מוסיף לצוף על פני המים עד שהוא מגיע לחוף ומזהם אותו. החלק ששוקע בים פוגע בחי הימי, במיוחד בסביבה חמה כזו של הים התיכון וים סוף, וגורם להעלמות מינים רגישים ולירידה בפוריותם של מינים אחרים¹⁵. הנפגעים העיקריים מהשפעות הנפט הינם יונקים החיים באזורים חופיים כגון כלבי ים, אריות ים וצבי ים הן עקב חשיפה ישירה לשמן והן באופן עקיף בשל שינוי בתנאי הסביבה הטבעית שלהם¹⁶. גם אזורי דגירה והטלה של דגים במים רדודים, או בשפכי נהרות עלולים להיפגע מהדלק. פגיעים ביותר הינם בעלי חיים וצמחים חופיים בקדמת החוף, הן עקב הצטברות הנפט בכמויות ובריכוזים גבוהים ביותר, והן עקב מוביליות נמוכה יחסית של האוכלוסיה הנפגעת. באזורי עולם שונים דווח על הופעת גידולים סרטניים בצדפות מאכל וברגים במקומות בהם נשפך נפט¹⁷. ובל נשכח את אוכלוסית הציפורים, אשר נפגעת באופן אנוש כתוצאה מזיהומי דלק (הן עקב פגיעה באזורי הדגירה, תזונה, רבייה וכינון, והן עקב הידבקות הדלק לנוצותיהם הגורמת לאובדן כושר תעופה, ירידה בכושר הבידוד התרמי, הרעלה דרך העור וחנוק)¹⁸. חלוקת "תרומתם" של המקורות השונים לזיהום הים בשמן הינה: כ – 38% שפכי תעשייה ונגר עילי; 9% ממקורות אטמוספריים; 5% ממקורות טבעיים; 3% מפעולות קידוח והפקת דלק כ- 33% מתפעול כלי השייט (מי נטל) וכ –

¹¹ יי הירשברג "האשפה הימית בעליה" הביוספרה (1993), כ"ב 6-7.

¹² א' אדלר "איכות הסביבה של הים" – יש דבר כזה? "הסביבה הימית – קובץ מאמרים (טרם פורסם, 1999) (להלן: אדלר 1).

¹³ בכל מקום בו יוזכר במאמר זה שמן, הכוונה היא לנפט, דלקים ושמינים לסוגיהם.

¹⁴ פישלזון, לעיל הערה 3, בעמ' 250.

¹⁵ שם, בעמ' 252.

¹⁶ א' אדלר "הגיאות השחורה- זיהומי דלק בים ובחופים" ראש אגף ים וחופים, המשרד

לאיכות הסביבה (להלן: אדלר 2) סעיף 3.1.

¹⁷ פישלזון, לעיל הערה 3, בעמ' 252.

¹⁸ אדלר 2, לעיל הערה 16, סעיף 3.3.

12% מתאונות של כלי שייט ומיכליות דלק¹⁹. קיימות הערכות אחדות אשר לפיהן חלקה של הפעילות השגרתית של כלי השייט גדול אף יותר ועומד על כ-75% מכלל הדלק הנשפך בים²⁰, או על כ-86% לפי הערכות אחרות²¹. מכל מקום, בלא ספק, כלי השייט, בעת פעילותם השגרתית גורמים לחלק ניכר מזיהום הים בשמן.

שפכים

שפכים, המכילים תוצרת לוואי של שפכים תעשייתיים, מורכבים מחומצות שונות, רעלים וכן כמות רבה של מינרלים ומתכות כבדות. חומרים אלו מגיעים לרוב למים הרדודים של אזור החוף. חדירת השפכים לים גורמת לריקבון ודלדול בחמצן, הגורם להתמוטטות אוכלוסיות בקטריאליות אארוביות, העוסקות בפירוק חומר אורגני. במקום אוכלוסיות אלו מתחילות לפעול בקטריות אנארוביות, מתבצע פירוק חלקי של החומר האורגני, ולמי הים מתחילים להתווסף תוצרים רעילים של פירוק חומר אורגני. מזהמים אלו גורמים לזיהום המים, לריחות רעים ולהופעת בקטריות פתוגניות (נושאות מחלות).

שפכים עירוניים נושאים גם דטרגנטים שונים העשירים בפוספטים. האחרונים גורמים יחד עם תרכובות החנקן בשפכים לפריחת אצות המתפשטות (קיימות בישראל בייחוד במים החמים והרדודים). התפשטות האצות דוחקת את האורגניזמים האחרים, וגורמת לתמותת אלמוגים.

אחת הבעיות החמורות ביותר בשפכים תעשייתיים הינה ריכוזי מתכות המצויים בהם. מתכות שונות גורמות לתמותת בעלי חיים, גם כאשר הן מופיעות בריכוזים קטנים. הן משבשות תהליכים מטאבוליים, וגורמות נזקים למערכות עצביות. מאחר שמתכות אלו אינן פריקות ביולוגית, הן מצטברות בשרשרת המזון, וגורמות לנזק ארוך טווח²². כמו-כן, הן יכולות להצטבר בסופו של דבר אצל הצרכנים הסופיים (בני-האדם פעמים רבות). ביפן ובמקומות אחרים בעולם נרשמו עקב כך פגיעות חמורות באדם, לרבות מקרי

¹⁹ שם, שם.

²⁰ Yuzon, לעיל הערה 4, בעמ' 14 הי"ש 73.

²¹ National Academy of Sciences, Petroleum in the Marine Environment (1975),
J.B. Curtis "Vessel-Source Oil Pollution and Marpol 73/78: An
הובא ב: International Success Story?", 15 Northwestern School of Law of Lewis &

Clark College (1985) 679, בעמ' 4.

²² אדלר 1, לעיל הערה 12.

מוות²³. כמו כן, בשפכים עירוניים מצויים חיידקים פתוגנים, המאיימים על בריאות האדם וגורמים לנזקים כבדים לנופש, רחצה ותיירות²⁴.

זיהום תרמי

תחנות הכוח מעבירות כמויות גדולות של מים דרך מערכות הקירור שלהן להרחקת עודף החום המצטבר. הטמפרטורה של מים אלו גבוהה ב-12-10 מעלות מטמפרטורת מי הים שבסביבה. כאשר מי הקירור חודרים לים הם מתפשטים במים הרדודים של סביבת החוף, וגורמים בהדרגה לעלייה בטמפרטורה הכללית שלהם. העלייה בטמפרטורה גורמת ליירדה בכמות החמצן המומס במים, דבר המגדיל את תהליכי הריקבון בסביבה הימית הקרובה. שינוי הטמפרטורה יכול להוביל לשיבוש במערכות הביולוגיות של בעלי חיים שונים²⁵.

1.2.3 הגורמים לזיהום על סוגיהם

קיימת חלוקה לשש צורות של גורמים המזהמים את מי הים: א. זיהום מכלי שיט (כ-12%); ב. זיהום ע"י השלכת פסולת בים (כ-10%); ג. זיהום ממקורות יבשתיים; ד. זיהום ממקורות אטמוספריים (כ-77% יחד עם מקורות יבשתיים); ה. זיהום עקב פעילות על שכבת הים התת קרקעית; ו. זיהום כתוצאה מפעולות כרייה בים (כ-1% יחד עם תת קרקעית הים)²⁶. במאמר זה נתמקד בייחוד בזיהום, הנגרם על ידי כלי שיט, ונעסוק מעט בזיהום הנגרם כתוצאה ממקורות יבשתיים, לשם השוואה, כפי שיובהר בהמשך.

1.3 מצב הים התיכון וחופי מדינת ישראל

הים התיכון הינו ים כמעט סגור, ועל כן אינו נהנה מתחלופת מים גבוהה המאפיינת אוקיינוסים אחרים וממעיטה את הזיהום. למעשה, תחלופת המים בים התיכון הינה כה איטית עד כי המים בו מתחלפים רק פעם במאה שנים²⁷. עם זאת, הים התיכון הוא בעל הצפיפות הגבוהה ביותר של תנועה ימית, וכן בעל צפיפות אוכלוסין גבוהה ביותר, בייחוד לאורך חופיו. צמחיית הים התיכון ובעלי החיים השוכנים בו הינם בין הזנים

²³ פישלזון, לעיל הערה 3, בעמ' 253.

²⁴ א' אדלר "כל השפכים הולכים אל הים? זיהום הים התיכון של ישראל בשפכי תעשייה ושפכים עירוניים – אמת וחובה. . " הסביבה הימית – חוברת מאמרים (טרם פורסם, 1999).

²⁵ פישלזון, לעיל הערה 3, בעמ' 254.

²⁶ Yuzon, לעיל הערה 4, בעמ' 14.

²⁷ A. Kiss & D. Shelton, *International Environmental Law*, (New York: eds. Transnational Publishers, Inc (1991). בעמ' 160.

הנמצאים בסכנת ההיכחדות הגדולה ביותר בעולם²⁸. זהו האזור, אשר סבל את האבידות הגדולות ביותר בתחום מגוון המינים במהלך ההסטוריה. כמו כן, צפויות אבידות בלתי הפיכות בעתידו.

כמעט מדי שנה מדווח בדו"ח השנתי בדבר מצב הים, המוכן במסגרת הדו"ח השנתי של איכות הסביבה בישראל, על שיפור במצב הים התיכון בישראל ועל העשייה במהלך השנה החולפת. למרות השיפור השנתי החל בים, מצבם של חופי הים בישראל רחוק מלהיות אידיאלי. מדי שנה, נתקלים אנו בסגירת חופי רחצה עקב זיהום הנגרם מחומרים שונים. דוחות שונים, המוכנים על-ידי המכון לחקר ימים ואגמים עבור אגף הים והחופים, מצביעים על בעיות זיהום הקיימות לאורך חופינו, לצד השיפור שחל במהלך השנים²⁹.

בעיה בולטת במיוחד הינה בעיית הזיהום ממקורות יבשתיים. ככלל תורמים מקורות יבשתיים את התרומה הבולטת ביותר לזיהום הים בעולם³⁰. בנוסף, בישראל, לאורך השנים מצוין בדוחות אגף הים והחופים של המשרד לאיכות הסביבה, כי בעיית זיהום הים ממקורות יבשתיים הינה הבעיה החמורה ביותר הנוגעת לזיהום הים במדינת ישראל ובים התיכון^{31,32,33}.

²⁸ UNEP, The Mediterranean Action Plan (1997) (להלן: MAP).

²⁹ לדוגמה, דו"ח אשר התפרסם על ידי המכון לחקר ימים ואגמים לישראל בע"מ, המסכם ניטור מתכות כבדות לאורך חוף הים התיכון של ישראל בשנת 1997, קובע כי הזיהום בכספית בשפך הקישון ודרום מפרץ חיפה נמצא במגמת עליה. כמו כן, מוסיף הדו"ח, כי במספר נחלים ריכוזי המתכות גבוהים מן התקנים המותרים בארה"ב; ניטור מתכות כבדות לאורך חוף הים התיכון של ישראל בשנת 1997 **חקר ימים ואגמים לישראל בע"מ**, דו"ח חיא"ל H/18/98, בעמ' 24. דו"ח נוסף של המכון לחקר ימים ואגמים לישראל בע"מ המסכם נתונים בנוגע לזיהום מימי החופין של ישראל בנוטריאנטים בין השנים 1990 – 1998 מצביע כי ריכוזים גבוהים וחרגיגים של נוטריאנטים נמצאו ברוב שפכי הנחלים לאורך חוף הים התיכון. כן מזהיר הדו"ח, כי מרבית שפכי נחלי החוף הינם בקטגוריה של רמת זיהום גבוהה ביחס לתקנים המקובלים בארה"ב; זיהום מימי החופין של ישראל בנוטריאנטים ממקורות יבשתיים – נחלי החוף. סיכום נתונים לשנים 1990 – 1998 **חקר ימים ואגמים לישראל בע"מ**, דו"ח חיא"ל H 25/98, בעמ' 19.

³⁰ ראה פרק 1.2.3. **לעיל**.

³¹ משרד הפנים, השירות לשמירת איכות הסביבה (1981), **איכות הסביבה בישראל**, 1979 - 1980 דו"ח שנתי מס' 7 - 8, ירושלים, תשמ"ב - 1981.

³² משרד ראש הממשלה, השירות לשמירת איכות הסביבה (1974), **איכות הסביבה בישראל**, 1973 דו"ח שנתי מס' 1, ירושלים, תשל"ד - 1974, שלום אילתי. (להלן: דו"ח 73).

³³ משרד הפנים, השירות לשמירת איכות הסביבה (1979), **איכות הסביבה בישראל**, 1978 דו"ח שנתי מס' 6, ירושלים, תש"ס - 1979, שלום אילתי (להלן: דו"ח 78).

1.4 נורמות משפטיות לפתרון בעיות זיהום ים ושאלת תחולתן על הצבא

כאמור, החקיקה הלאומית והבינלאומית בתחום זיהום הים באה לתת מענה לבעיות נוכחיות וצפויות בתחום זה. החקיקה הבינלאומית נתקלת בשתי בעיות מרכזיות: האחת, הינה השוני הרב הן מבחינה גיאוגרפית והן מבחינה כלכלית בין חלקי העולם השונים. השניה, נעוצה בכך שמקורות הזיהום הימי שונים מאוד זה מזה³⁴. על-מנת להתמודד עם בעיות אלו נחתמו אמנות גלובליות, הדנות במישור העולמי, אך אינן נותנות פתרונות לבעיות מקומיות וייחודיות, דוגמת אמנת הים³⁵, ואמנת מרפול³⁶. בנוסף על אמנות אלו נחקקו אמנות אזוריות, אשר מתייחסות לבעיות של אזור ספציפי, כגון אמנת ברצלונה³⁷. מעבר לכל אלו, האמנות הורו למדינות לחוקק חוקים, אשר יעסקו בנושאי זיהום הים. הפתרונות המדינתיים אמורים להתייחס אל הייחוד של הבעיות ולתת פתרונות מדויקים יותר.

מידת הצלחתן של האמנות והחוקים נבחנת על פי מידת הצלחתן להתמודד עם הבעיות הקיימות ולתת להן פתרונות. במאמר זה נציג מספר אמנות, העוסקות בתחום זיהום הים בשמן, ונבחן האם הן נותנות מענה הולם למטרה אשר לשמה נועדו – מניעת זיהום ים בשמן. בחינה זו תעשה על מנת לבחון את עמדת המשפט הבינלאומי והתחייבויותיה של מדינת ישראל בהתאם לו בתחום זיהום הים בשמן.

הצבא, ובייחוד חיל-הים הינו אחד הצרכנים של המשאב הימי. חיל-הים משיט כלי שייט במימי הים ובונה את בסיסיו על החוף בקרבת הים. מטבע הדברים הוא מזהם פוטנציאלי של הים. בפועל חיל-הים, הן בישראל והן במקומות אחרים בעולם, תורם תרומה לא מבוטלת לזיהום הים. לכאורה, מבחינת ההגנה על הסביבה הימית יש להחיל את הנורמות הסביבתיות על הצבא כעל כל גוף אחר ללא היסוסים או התלבטויות כלשהן. עם זאת, הצבא זוכה למעמד מיוחד עקב חשיבותו של האינטרס הביטחוני שעל שמירתו הוא מופקד. במאמר זה אנו נבחן האם קיימת התנגשות בין האינטרס הביטחוני לבין האינטרס הסביבתי ומה מידת הנזק אשר עלול להיגרם לצבא עקב החלת נורמות סביבתיות עליו. האינטרס הביטחוני יישקל לצד אינטרסים נוספים תוך עריכת איזון אינטרסים לשם הסקת מסקנות בשאלה הנדונה.

³⁴ Kiss & Shelton, לעיל הערה 27, בעמ' 160.

³⁵ United Nation Convention on the Law of the Sea, 21 I.L.M. 1261 (1982) (להלן: אמנת הים).

³⁶ אמנה בין לאומית בדבר מניעת זיהום מאוניות, 1973, כ"א 997 כרך 29, 163 (להלן: מרפול).

³⁷ אמנה לשמירת הים התיכון בפני זיהום, 1976, כ"א 854, כרך 25, 467 (להלן: אמנת ברצלונה).

2. תחולת אמנות בינלאומיות, העוסקות בזיהום ים, על הצבא

פרק זה נועד לסייע בתשובה על השאלה שבנדון: האם יש להחיל את פקודת השמן על צה"ל? על מנת לענות על שאלה זו, נתחיל בבחינת המחויבות הבינלאומית של מדינת ישראל בנושא זיהום הים בשמן על ידי כלי שיט צבאיים. לאחר שנוכח מהן קביעותיו הנוכחיות של המשפט הבינלאומי בנושא, נבחן האם זהו המצב הרצוי והאם יש מקום לשנותו. בכדי להשיג את מטרתו של פרק זה (בחינת ההתחייבויות הבינלאומיות בנושא הנדון, והעברת ביקורת עליהן), נסקור תחילה את האמנות באופן כללי, את הרקע לחקיקתן, ואת תוכן הסעיפים הרלוונטיים לענייננו. סקירה זו חשובה משום שבכדי לענות על השאלה שבנדון, יש להבין מהו הרקע, אשר הוביל לכתיבת האמנות, מהן מטרת האמנות, ומה תוכנם של הסעיפים המגינים על הסביבה הימית באספקטים הנבחנים במאמר זה. בהמשך נסקור את האמנות החלות על הצבא למול אלו שאינן חלות, תוך ציון המניעים המרכזיים לכך. לבסוף, נגיע לבחינת השאלה המרכזית, והיא: האם ראוי להחיל את האמנות על הצבאות, תוך בחינת השיקולים בעד ונגד? הסעיף האחרון של חלק זה יציע פתרון לבעיית תחולת האמנות. מתוך "רצוי והמצוי" בתחום המשפט הבינלאומי, נעבור לדיוננו בפרק הבא, אשר יעסוק בשאלה המרכזית במאמר זה: האם על פקודת השמן לחול על צה"ל?

2.1 רקע - סקירה כללית על האמנות ודרישותיהן

2.1.1 האמנות בהן יתמקד הדיון

דיון זה יתמקד באמנות המרכזיות למניעת זיהום ים, העוסקות במניעת זיהום ים בשמן, והן בעלות רלוונטיות לחופי מדינת ישראל. לכן, האמנות אליהן אתייחס הינן: אמנת מרפול³⁸, אמנה גלובלית, עליה חתומה מדינת ישראל, בייחוד אתייחס לנספח העוסק בזיהום הים בשמן; אמנת הים³⁹ שהינה אמנה גלובלית העוסקת במשטר הים באופן כללי, ומקדישה חלק מיוחד לתחום איכות הסביבה. לאמנה זו אתייחס, למרות שמדינת ישראל אינה חתומה עליה בשל חשיבותה ומרכזיותה בעולם, וכן בשל הנטייה הישראלית להצטרף לאמנה⁴⁰; כמו כן, תוזכר גם אמנת ברצלונה⁴¹, שהינה אמנה אזורית להגנה על הים התיכון והפרוטוקול של אמנה זו, המדבר על זיהום הים ממקורות יבשתיים⁴². האחרון חשוב לדיוננו, על מנת להראות גישה של אמנה, אשר חלה על צבאות המדינות

³⁸ מרפול, לעיל הערה 36.

³⁹ אמנת הים, לעיל הערה 35.

⁴⁰ כפי שיפורט בפרק 2.1.3. למאמר.

⁴¹ אמנת ברצלונה, לעיל הערה 37.

⁴² פרוטוקול בדבר שמירת הים התיכון מפני זיהום ממקורות יבשתיים (1980), כ"א 1019, כרך 30, 727 (להלן: פרוטוקול מקורות יבשתיים).

החתומות עליה. כמו-כן הדיון בה יתקשר להשוואה, אשר תעשה בפרק 3 בין שני חוקים ישראלים העוסקים בזיהום ים.

2.1.2 מרפול - הסטוריה חקיקתית והוראות מרכזיות

ב- 1954 נחקקה האמנה הבינלאומית הראשונה בנושא מניעת זיהום הים בשמן, אשר נקראה :⁴³ Convention for the Prevention of Pollution of the Sea by Oil (להלן: OILPOL 54). חסרונה העיקרי של האמנה היה בכך שאסרה לזהם את הים עד טווח של 50 מייל מהחוף בלבד. מאחר שניתן היה לשפוך שמן מעבר ל- 50 מייל מהחוף, למעשה, לא ננקטו פעולות אפקטיביות למניעת זיהום הים. המזהמים יכולים להיסחף אל האזורים הרגישים יותר גם אם הם נשפכו במקור באזורים פחות מסוכנים ביים⁴⁴. ב- 1962 תוקנה האמנה כך שהרחיבה את האזורים האסורים להטלה ביים, והוסיפה אזורים מיוחדים נוספים, אשר למרות שמשתרעים מעבר ל- 50 מייל הטלה בהם אסורה. בין השאר נוסף אזור הים התיכון למרחק של עד 100 מייל מן היבשה⁴⁵. הבעיה ב-OILPOL 54 ובתיקוני 1962 הייתה בכך שהאמנה לא עסקה באיסור או בהפחתה של כמויות השמן הנשפכות לאוקיינוסים, היא רק הסיטה את מקומות שפיכת השמן⁴⁶. בעקבות לחץ אמריקאי למציאת פתרונות הולמים לבעיית השמן, התכנסה וועידה בינלאומית⁴⁷ בה התקבלה אמנת מרפול. עקב בעיות בנכונות מדינות העולם לחתום על האמנה, כונסה ועידה נוספת⁴⁸, שוב עקב לחציה של ארה"ב, אשר בה נחתם הפרוטוקול המתקן לאמנה משנת 1978⁴⁹, הנקרא כמקשה אחת ביחד עם האמנה גופה משנת 1973. בדיונו נתייחס לאמנה ביחד עם הפרוטוקול המתקן משנת 1978.

מרפול כללה אומנם את הדרישות הישנות, אשר נזכרו ב OILPOL 54, אך היו בה חידושים רבים. לדוגמא, בפעם הראשונה המדינות נדרשו לשיטת אחסון ה"בלאסט"⁵⁰,

⁴³ אמנה בינלאומית למניעת זיהום הים בנפט (1945) כ"א 171 כרך 5, 121.

⁴⁴ Curtis, לעיל הערה 21, בעמ' 10.

⁴⁵ תיקונים לאמנה הבינלאומית למניעת זיהום הים בנפט (1945), כ"א 643 כרך 17, 1 (להלן: תיקוני 1962).

⁴⁶ A. Griffin "Marpol 73/78 and Vessel Pollution: A Glass Half Full or Half Empty?" , **1 Indiana Journal of Global Legal Studies** (1994) 489. בעמ' 8.

⁴⁷ International Conference on Marine Pollution, אשר התכנסה בלונדון ב- 8 באוקטובר 1973 (להלן: ועידת מרפול).

⁴⁸ Conference on Tanker Safety and Pollution Prevention אשר התכנסה בלונדון בפברואר 1978.

⁴⁹ Protocol of 1978 Relating to the International Convention for Prevention of Pollution From Ships, 1973, Feb. 16, 1978, 17 I.L.M. 5 46 (1978).

⁵⁰ ballast - משא לייצוב כלי השייט באמצעות מי נטל.

המכונה SBT⁵¹, המונעת אפשרות של זיהום ה"בלאסט" בשמן בעת הרקתו לים. בנוסף, האמנה חלה לא רק על מיכליות, כי אם גם על ספינות⁵². מטרתה של האמנה הינה:

"The complete elimination of international pollution of the marine environment by oil and other harmful substances and minimization of accidental discharge of such substances."⁵³

לשם השגת מטרה זו קובעת האמנה כללים החלים על כלי שיט. האמנה מכילה חמישה נספחים כאשר כל אחד מהם עוסק בתחום אחר: שמן, כימיקלים, מיכליות, ביוב ופסולת. אנו נתמקד בנספח הראשון, העוסק בשמן.

נספח זה מכיל את ההוראות הנוגעות למניעת זיהום הים בשמן, הנגרם על ידי כלי שיט. הנספח מנסה לצמצם את הזיהום הנגרם בשתי דרכים: הדרך הראשונה, הינה קביעת מגבלות על כלי שיט בנוגע להרקת מי "בלאסט" ממיכלי מטען או פסולת⁵⁴. השנייה, הינה הפחתת הזיהום על ידי דרישות של מבניות בכלי השיט אשר יצמצמו את הזיהום⁵⁵. כמו-כן נקבעו "אזורים מיוחדים"⁵⁶. באזורים אלו, הרגישים מבחינה אקולוגית, אסורות כל הטלות לים (למעט מי בלאסט נקיים). אזורים אלה כוללים בין השאר את כל הים התיכון, הים הבלטי, הים השחור, הים האדום והמפרץ הפרסי⁵⁷.

אכיפת הוראות נספח זה יכולות להיעשות הן על ידי מדינת הדגל של כלי-השיט והן על ידי מדינת החוף⁵⁸. מתן האפשרות לאכיפה על ידי מדינת החוף חשובה מאחר שהאינטרס שלה למנוע זיהום בחופיה פעמים רבות גדול יותר מן האינטרס של מדינת הדגל להעניש את אוניותיה. הדבר נכון בייחוד בנוגע לאוניות בעלות "דגלי נוחות" (כלי שיט הנרשם

⁵¹ Segregated Ballast Tanks - אלו הם מיכלים, אשר מיועדים רק לנשיאת ה"בלאסט" הם מונעים את זיהום הים על ידי הרקת מי "בלאסט" שומניים, מאחר שהם מכילים מיכלים נפרדים לאחסון השמן וה"בלאסט".

⁵² Griffin, לעיל הערה 46, בעמ' 9.

⁵³ ועידת מרפול (לעיל הערה 36) הובא ב- Griffin (לעיל הערה 46) עמ' 9.

⁵⁴ כלומר קיימת כמות מקסימלית שאותה ניתן להריק; קיימת דרישה לקצב מקסימלי של הרקה; קיימת הגבלה של אזורים בהם ניתן להריק.

⁵⁵ התקנת מתקני SBT (לעיל הערה 51).

⁵⁶ סעיף 1 (10) לנספח 1 לאמנת מרפול (לעיל הערה 36) קובע:

"Where for [a] recognized technical reason in relation to its oceanographical and ecological condition and to the particular character of its traffic the adoption of special mandatory methods for the prevention of sea pollution by oil is required."

⁵⁷ סעיף 1 (10) לנספח 1 לאמנת מרפול (שם, שם).

⁵⁸ סעיף 5 (2) לאמנת מרפול (שם, בעמ' 170).

כמדינה זרה על מנת לקבל הקלה). מדינת הדגל רשאית, לפי מרפול, לבדוק את פנקסי השמן של האוניות בהם אמורות להיות מצויינות כל הפעולות הקשורות בשמן. כן רשאית מדינת החוף לבדוק את הציוד המותקן על כלי השייט, ולוודא האם כלי השייט מכיל את כמויות ה"בלאסט" אשר מותרות לו בהתאם לרישומים בפנקסי השמן.

כאשר מדינת הדגל מקבלת הודעה כי אחד מכלי השייט, הרשומים תחת דגלה, ביצע עבירה על אמנת מרפול, עליה לחקור את נסיבות הארוע ולהגיש תביעה משפטית בעניין. העונש המוטל על כלי השייט צריך להיות:

“Adequate in severity to discharge violations of the present Convention and shall be equally severe irrespective of where the violations occur.”⁵⁹

בין שנת 1973 לבין 1990 הזיהום עקב הפעילות השגרתית של מיכליות פחת ב – 85%⁶⁰, זאת חרף ביקורות שנמתחו על האמנה⁶¹.

2.1.3 אמנת הים - הסטוריה חקיקתית והוראות בדבר זיהום בשמן

המשפט הבינלאומי המסורתי לא קבע חובות על מדינה לדאוג למניעת זיהום הים. משפט הים נתן למדינות סמכויות לעשות כן. ההגנה על הסביבה הימית לא מצאה אף ביטוי נאות בועידה בנושא דיני הים ב- 1958, אשר התקיימה בג'נבה. וכן, אף לא מצאה ביטוי באמנות ג'נבה בעניין משפט הים משנת 1958^{62,63}. סעיף 24 לאמנה בדבר הים הפתוח, המהווה פרק של אמנת הים '58, דרשה מן המדינות לחוקק כנגד זיהום ים מכלי שייט, מצינורות ומפעילות בקרקעית הים, אך לא היה בה פירוט של הסטנדרטים הנדרשים. נושאים אחרים, כגון הטלות לים וזיהום ממקורות יבשתיים לא כוסו על ידי אמנות ג'נבה. התוצאה הייתה השארת המדינות חופשיות לקבוע תקנות לשביעות רצונן בנוגע לזיהום הים⁶⁴.

⁵⁹ סעיף 4 לאמנת מרפול (שם, בעמ' 168).

⁶⁰ Griffin, לעיל הערה 46, בעמ' 17.

⁶¹ להרחבה בעניין הביקורות על MARPOL ראו מאמרו של Griffin (שם, שם); וכן:

R. Becker, “Marpol 73/78: An Overview in International Environmental Enforcement” 10 *Georgetown International Environmental Law Review* 625. (1998); Dempsey (לעיל הערה 9, עמ' 111); כן Curtis (לעיל הערה 21, מעמ' 25 והלאה); וכן Darmody (לעיל הערה 4, בעמ' 19).

⁶² A. E. Boyle, “Marine Pollution under the Law of the Sea Convention”, 79

American Journal International Law (1985) 349. בעמ' 2.

⁶³ ועידת האו"ם על המשפט הימי, כ"א 410, כרך 12, 175.

⁶⁴ Boyle, לעיל הערה 62, בעמ' 7.

ההכרה, כי הגישה המסורתית (אשר מצאה ביטוי באמנת הים משנת '58)⁶⁵ נכשלה עמדה בבסיס הועידה השלישית של האו"ם בדבר משפט הים^{66,67}. אי מתן סמכויות מספקות למדינות החוף מחד, והשארת האכיפה בידי מדינת הדגל כאופציונלית בלבד מאידך, לא נתנה מענה מספק לנושא זיהום הים. אמנת הים נכתבה על סמך תפיסה משולשת: תחילה, היה בה ניסיון ראשוני ליצור חובה כללית להסדרת כל סוגי זיהום הים. שנית, חלוקת סמכויות מחדש בין מדינת החוף לבין מדינת הדגל. לבסוף, האמנה מנסה להתאים בין הנורמות הלאומיות לבין הנורמות הבינלאומיות בנושא הזיהום. ייתכן, כי העלייה הכללית במודעות הסביבתית אשר החלה בסוף שנות ה-60, יחד עם אסון Torrey Canyon בשנת 1967⁶⁸, גרמו לעליה בחשיבות בעיית זיהום הים בסדר היום הציבורי⁶⁹, והיוו חלק מהגורמים אשר הובילו לשינוי תפיסתי זה.

ב- 10 בדצמבר 1982 הסתיימה כתיבת אמנת הים⁷⁰, על ידי הועידה השלישית של האו"ם בדבר משפט הים. 152 מדינות חתמו על האמנה במהלך השנתיים שלאחר מכן. יש לציין, כי מדינת ישראל לא חתמה על האמנה עד היום. עם זאת, המדינה שוקלת להצטרף לאמנה, ומשתדלת להתנהג בהתאם להוראותיה. חיל-הים מנהל דיונים רבים בדבר עמדתו בנוגע להצטרפות לאמנה והשלכותיה, והגישה העקרונית בעניין ההצטרפות הינה חיובית.

אמנת הים הינה אמנה כללית, אשר נועדה להסדיר את משפט הים, והיא קובעת, בין השאר, את משטרי הים השונים⁷¹. בין היתר, מגדירה האמנה, כי מדינה יכולה להכריז על מים טריטוריאליים עד לטווח של 12 מייל מהחוף⁷². כן, מגדירה אמנת הים אפשרות להכריז על אזור כלכלי בלעדי, אשר יכול להשתרע עד 200 מייל מהחוף⁷³.

הסעיפים הרלוונטים לנושא ההגנה על איכות הסביבה הימית נמצאים בפרק 12 לאמנה, ביחוד חלק 5 לפרק זה, אשר כותרתו "International rules and national

⁶⁵ ועידת האו"ם על המשפט הימי, לעיל הערה 63.

⁶⁶ The third united nations Conference on the law of the sea (1973).

⁶⁷ Boyle, לעיל הערה 62, בעמ' 8.

⁶⁸ לעיל הערה 4.

⁶⁹ Kiss & Shelton, לעיל הערה 27, בעמ' 163.

⁷⁰ Dehner, לעיל הערה 4, בעמ' 7.

⁷¹ משטרי הים קובעים מהן הזכויות הקיימות לכל מדינה באזור מסוים של הים.

⁷² במים טריטוריאליים חלים חוקי מדינת החוף. משטר זה דומה למשטר החל בתוך חופי המדינה עצמם, פרט למשטר המעבר בתום לב, לפיו על מדינת החוף לאפשר מעבר של כלי שיט, כל עוד המעבר מתבצע בתום לב.

⁷³ באזור זה למדינת החוף סמכויות בלעדיות בעניין ניצול, מחקר, ניהול ושימור אוצרות הטבע. כמו כן קיימות למדינת החוף סמכויות מסוימות למניעת זיהום ים באמצעות מנגנוני חקיקה ואכיפה, אשר יפורטו להלן.

legislation to prevent, reduce and control pollution of the marine environment" חלק זה מסדיר את זיהום הים ממקורות יבשתיים⁷⁴, מפעילות בקרקעית הים⁷⁵, מהטלה⁷⁶ ומזיהום הנגרם על ידי כלי שיט⁷⁷.

כמו-כן, קובעת האמנה את חובתן הכללית של המדינות להגן על הסביבה הימית⁷⁸. האמנה מונה בסעיף זה את גורמי הזיהום ואת האמצעים בהם יש לנקוט על מנת להקטין עד למינימום האפשרי. לשם כך, יש לנקוט באמצעים הדרושים, כמו גם לחוקק חוקים לאומיים ובינלאומיים על מנת להגיע לתוצאות הרצויות. הסעיף העוסק בזיהום מכלי שיט קובע (ס' 211), כי על המדינות לחוקק חוקים על מנת למנוע את זיהום הסביבה הימית על ידי כלי שיט⁷⁹.

בנוגע לסמכות לאכוף את הוראות האמנה התקבלה באמנה הגישה, כי יש לחזק את מחויבותן של מדינות הדגל לאכוף ציות לאמנה ע"י כלי-השיט, הרשומים תחת דגלה⁸⁰. על מדינת הדגל לנקוט בכל האמצעים על מנת להבטיח כי כלי השיט השטים תחת דגלה יצייתו לדרישות האמנה. כמו כן, עליה לאסור על כלי השיט לשוט באם הם עוברים על הוראות האמנה. בנוסף, על מדינת הדגל להבטיח, כי כלי השיט יישאו עימם מסמכים המעידים על ציות לסטנדרטים הבינלאומיים. יתר על כן, על פי בקשת כל מדינה על מדינת הדגל לבצע חקירה בנוגע לחשדות העולים בגין ביצוע עבירה על הוראות האמנה. מעבר לכך, על מדינת הדגל להודיע למדינה המבקשת את התוצאות הנוגעות לביצוע החקירה ואת הפעולות אשר ננקטו כנגד כלי השיט. כן עליה להבטיח כי העונשים אשר מושטים על כלי השיט יהיו מספיקים⁸¹. ניתן ללמוד, אם כן, כי ננקטו אמצעים להגביר את יכולת האכיפה של מדינת הדגל.

בנוסף לחיזוק האכיפה על ידי מדינת הדגל, התקבלה הגישה כי האכיפה על-ידי מדינת הדגל לבדה לא תיתן מענה מספק לבעיות הקיימות. השאלה בה התחבטו רבות הייתה האם יש להרחיב את סמכויות מדינת החוף, כך שישוו לסמכויות מדינת הדגל. היתרון בהרחבת סמכויות מדינות החוף הוא במתן האפשרות למדינת החוף, שהינה הניזוקה המרכזית מהזיהום, לאכוף בעצמה את הוראות האמנות. החסרון בכך הוא באיום על

⁷⁴ סעיף 207 לאמנת הים, לעיל הערה 35.

⁷⁵ סעיף 208 לאמנת הים, שם, שם.

⁷⁶ סעיף 210 לאמנת הים, שם, שם.

⁷⁷ סעיף 211 לאמנת הים, שם, שם.

⁷⁸ סעיף 194 לאמנת הים, שם, שם.

⁷⁹ "states shall establish international rules and standards to prevent, reduce, and control pollution of the marine environment from vessels..."

⁸⁰ Boyle, לעיל הערה 62, בעמ' 21.

⁸¹ סעיף 217 לאמנת הים (לעיל הערה 35).

חופש השייט, בייחוד באזור הכלכלי הבלעדי ומתן האפשרות לעצור ולאסור כלי שייט⁸². לכן, הפתרון של מתן סמכויות למדינת הנמל⁸³ נראה פתרון אטרקטיבי, שכן הוא אינו מהווה איום על חופש השייט ומאפשר כלים ואמצעים לחקירה ולאיסוף ראיות כנגד כלי השייט המזוהים. תוצאות הוועידה הביאו לפשרה, לפיה הורחבו סמכויות מדינת החוף באספקטים מסויימים ולמדינת הנמל ניתן תפקיד מרכזי יותר. למדינת החוף נשמרה הזכות לעצור ולחקור כלי שייט אשר הפר את חוקי זיהום הים במים הטריטוריאליים של המדינה, אך לא ניתנה סמכות כזו באזור הכלכלי הבלעדי. באזור הכלכלי הבלעדי סמכויות מדינת החוף תלויות בנוזק, אשר גרם כלי השייט. רק במצבים בהם קימת סכנה לנוזק ניכר⁸⁴ למדינת החוף נוצרת לה הזכות לעצור ולחקור את כלי השייט. כאשר קיימת הזרמה מהותית⁸⁵ של חומרים מסוכנים לים, המאיימים בזיהום משמעותי, מותר למדינת החוף לערוך חיפוש בכלי השייט. כאשר תנאים אלו אינם מתקיימים כל שמוותר למדינת החוף הוא לדרוש מידע לגבי זהות כלי השייט והנמל הקרוב אליו מועדות פניה. אם כן, אופי סמכויות מדינת החוף לאכיפה באזור הכלכלי הבלעדי מוגבל ובעל אופי מגן ולא טריטוריאלי.

למדינת הנמל סמכות לחקור ולתבוע כל הפרה של חוק במים הטריטוריאליים שלה או באזור הכלכלי הבלעדי⁸⁶ ואפילו בים הפתוח או בשטחי שיפוט של מדינות אחרות. קיימת לה אף סמכות לתבוע כלי שייט במים הטריטוריאליים של מדינה אחרת אם היא מתבקשת לעשות כן על ידי מדינת החוף או מדינת הדגל של מדינה מעורבת⁸⁷.

2.1.4 אמנת ברצלונה

2.1.4.1 הסטוריה שהובילה לחקיקת האמנה

בשנת 1974 במונקו נערכה פגישה בדבר זיהום הים⁸⁸ ובה נקבע, כי הבעיה המרכזית היא זיהום מימי החופין בים התיכון. UNEP ייסדה את התוכנית הימית האזורית⁸⁹, אשר כוללת 13 אזורים ימיים, והים התיכון נחשב כאזור הפיילוט. בשנת 1975 נפגשו 16 מדינות הים התיכון והאיחוד הארופי בברצלונה במסגרת UNEP. הן אישרו את התוכנית

⁸² Boyle, לעיל הערה 62, בעמ' 21-22.

⁸³ כל מדינה, אשר כלי השייט נכנס אל הנמל שלה מרצונו החופשי ובה נטענה פסולת או כל חומר אחר.

⁸⁴ major damage סעיף 220(6) לאמנת הים (לעיל הערה 35).

⁸⁵ substantial discharge סעיף 220(5) לאמנת הים (שם, שם).

⁸⁶ סעיף 220(1) לאמנת הים (שם, שם).

⁸⁷ סעיף 218 לאמנת הים (שם, שם).

⁸⁸ International study meeting on marine pollution

⁸⁹ Regional Seas Programme

למניעת זיהום הים התיכון (MAP)⁹⁰ ואת התוכנית למחקר וניטור בים התיכון (MED POL)⁹¹. תוכנית MAP כוללת שלושה מרכיבים: מדעי – הערכת הזיהום; סוציו – אקונומי (תחזיות ותכנון עתידי) ומשפטי – אמנת ברצלונה.

בשנת 1976 נחתמה אמנת ברצלונה, שנכנסה לתוקף ב- 1978. בשנת 1980 התקבל הפרוטוקול למניעת זיהום ים ממקורות יבשתיים.

2.1.4.2 תוכן אמנת ברצלונה ופרוטוקול מקורות יבשתיים

אמנת ברצלונה קובעת הוראות כלליות בלבד בכל הנוגע לזיהום. היא קובעת, כי על הצדדים המתקשרים לנקוט בכל האמצעים הנאותים על מנת למנוע זיהום של שטח הים התיכון. הוראותיה מיושמות בפרטים בפרוטוקולים, אשר התקבלו מכוח האמנה. פרוטוקול מקורות יבשתיים מתייחס למזהמים הממוקמים ביבשה ומזהמים זיהום ישיר או עקיף⁹². הוא אוסר לחלוטין הטלה לים של חומרים המוזכרים בנספח 1 לפרוטוקול, ומגביל כניסתם לים של חומרים אחרים. כמו-כן קובע הפרוטוקול מסגרת של ניטור, מעקב ושיתוף פעולה בין מדינות הים התיכון. בעקבות השינויים בפרוטוקול מקורות יבשתיים, משנת 1996⁹³, התחייבו מדינות הים התיכון להגיע במהלך השנים הראשונות של העשור הבא לחיסול מקורות הזיהום בשפכים של הים התיכון, באמצעות טכנולוגיה וחקיקה. הפרוטוקול המתוקן דורש מן הצדדים לאמץ תוכניות למניעת זיהום הים ממקורות יבשתיים, תוך שימוש באמצעים הטובים ביותר לשם כך.

⁹⁰ Mediterranean Action Plan

⁹¹ Programme for pollution, Monitoring and research in the Mediterranean Sea
⁹² כלומר, זיהום דרך נהרות, תעלות וכד', סעיף 1(א) לפרוטוקול מקורות יבשתיים (לעיל הערה 42, בעמ' 729).

⁹³ השינויים התקבלו במסגרת Conference of Plenipotentiaries on the Protocol for the Protection of the Mediterranean Sea against Pollution from Land-Based Sources אשר התקיימה ב- 6 וב- 7 במרץ 1996 הפרוטוקול החדש נקרא "Protocol for the Protection of the Mediterranean Sea against Pollution from Land- Based Sources and Activities"

2.2 אי תחולת האמנות על הצבא כדרישת המדינות המשתתפות (וסעיף ההשתדלות)

אמנת מרפול אינה חלה על כלי שייט בבעלות המדינה, כולל כלי שייט צבאיים. חלף סעיף תחולה, הוחל סעיף לפיו אוניות בבעלות המדינה יעשו ככל יכולתן על מנת לקיים את הוראות האמנה (להלן: "סעיף ההשתדלות"). סעיף זה⁹⁴ קובע (ההדגשות שלי):

"(3) The present Convention **shall not apply to any warship, naval auxiliary** or other ship owned or operated by a State and used, for the time being, only on government non-commercial service. However, each Party shall ensure by the **adoption of appropriate measures** not impairing the operations or operational capabilities of such ships owned or operated by it, **that such ships act in a manner consistent, so far as is reasonable and practicable, with the present Convention.**"

המדינות הביעו את התנגדותן הנחרצת להחלת הוראות האמנה על אוניות המדינה, בטענה, כי מתן אפשרות למדינות זרות לבצע בדיקות בכלי השייט הצבאיים יסכן את בטחון המדינה בעלת כלי השייט הצבאיים⁹⁵.

גם אמנת הים מכילה סעיף חסינות החל על כלי שייט בבעלות המדינה. ס' 236 בחלק (X) של האמנה מוציא את כלי השייט הצבאיים מתחולת האמנה⁹⁶. כמו כן, קיים גם כאן סעיף "השתדלות"⁹⁷.

⁹⁴ סעיף 3(3) לאמנת מרפול (לעיל הערה 36, בעמ' 168).

⁹⁵ Becker, לעיל הערה 61, בעמ' 13.

⁹⁶ "The provisions of this Convention regarding the protection and preservation of the marine environment **do not apply to any warship, naval auxiliary**, other vessels or aircraft owned or operated by a State and used, for the time being, only on government non-commercial service."

(ההדגשות שלי- ד' ט')

⁹⁷ "However, each State shall ensure, **by the adoption of appropriate measures** not impairing operations or operational capabilities of such vessels or aircraft owned or operated by it, **that such vessels or aircraft act in a manner consistent, so far as is reasonable and practicable, with this convention.**"

(ההדגשות שלי- ד' ט')

לעומת שתי האמנות האחרונות, אמנת ברצלונה בחלקה הכללי, כמו גם פרוטוקול מקורות יבשתיים של האמנה אינם מוציאים מתחולה את הצבא, ועל כן חלים עליו. קיימות שתי סיבות מרכזיות לכך שהאמנה חלה על הצבא, אשר יידונו בהרחבה בהמשך מאמר זה. הסיבה האחת כרוכה באופי המושאים לאמנה. בשתי האמנות הראשונות עסקינן בכלי שיט ואילו בפרוטוקול מקורות יבשתיים של אמנת ברצלונה מדובר בבסיסים צבאיים (בהקשר הצבאי של מקורות הזיהום). בכל הנוגע לכלי שיט תוכל לעלות הטענה, כי העמידה בהוראות האמנה מחייבת ביצוע שינויים בכלי השיט, אשר יפגעו בתפקודם המבצעי. טענה זו תידון בפרק 3 למאמר זה. כמו-כן, בעוד שבמרפול ובאמנת הים קיימות סמכויות פיקוח ואכיפה למדינות נוספות פרט למדינת הדגל בכל הנוגע למקורות יבשתיים, באמנת ברצלונה הסמכות הינה למדינת הטריטוריה. היבט זה יידון בפרק 2.3 במאמר זה. ייתכן, כי לשני אלמנטים אלה היה משקל כאשר צבאות המדינות לא הוצאו מתחולת האמנה.

הסיבה המרכזית לכך שהאמנות הראשונה והשנייה אינן חלות על הצבא הינה התנגדות מאסיבית של צבאות המדינות השונות, כולל צבא ארה"ב, אשר לא היו מוכנים לוותר בנקודה זו ולאפשר את החלת כללי האמנה גם עליהם.⁹⁸ בגישה כוללנית זו מסתמן שינוי בקרב מספר מדינות. לדוגמא, שבדיה ניסתה להסיר את סעיף החסינות החל על הצבא באמנת London Dumping Convention.⁹⁹

2.3 האם מן הראוי להחיל אמנות בין לאומיות גם על הצבא?

2.3.1 חלקן של אוניות בבעלות המדינה בזיהום הים

אמנת מרפול, כאמור אינה חלה על אוניות בבעלות המדינה, כולל אוניות צבאיות. אוניות בבעלות המדינה הינן בין מקורות הזיהום הגדולים ביותר בעולם.¹⁰⁰ לדוגמא, החסינות אשר ניתנה לכלי השיט הצבאיים גרמה לכך, שהצבא האמריקאי נחשב למזהם הגדול ביותר בארה"ב במהלך המלחמה הקרה.¹⁰¹ העובדה שגורם מזהם משמעותי בעולם אינו נשוא לאמנה, האמורה לטפל בזיהום, מפחית מחשיבות האמנה ומשמעותה. אם מטרת האמנה, הינה מניעה מוחלטת של זיהום הים, כאמור לעיל¹⁰², אי החלתה על הגורם המזהם הגדול ביותר מונע את השגת המטרה.¹⁰³

⁹⁸ Dehner, לעיל הערה 4, בעמ' 16.

⁹⁹ שם, בעמ' 20.

¹⁰⁰ Becker, לעיל הערה 61, בעמ' 13.

¹⁰¹ Dehner, לעיל הערה 4, בעמ' 15 ה"ש 84 קיים פירוט של ספרות הדנה בנושא זה.

¹⁰² שם, סעיף 2.1.

¹⁰³ Becker, לעיל הערה 61, בעמ' 13.

2.3.2 דוגמא אישית

מן הראוי, כי הממשלות אשר חתמו על האמנות וגרמו להחלתן על תושבי מדינתן, יהיו נשוא לאמנה, ואף יהוו דוגמא אישית בקיומה¹⁰⁴. על מנת שציבור המזומים הפוטנציאליים יהיה מוכן להיענות להוראות האמנה ביתר רצון, מן הראוי כי לא יחוש מופלה לרעה. התחושה כי המדינה הוציאה עצמה מתחולת האמנה ורק יצאה ידי חובה בניסוח "סעיף ההשתדלות" ללא ספק תגרום לתחושת קיפוח בקרב מפעילי כלי השייט השונים, ולחוסר רצון למלא אחר הוראות האמנה.

וכך אכן קיימת ביקורת ציבורית על הצבא האמריקאי כאשר הוא גורם לזיהום¹⁰⁵.

2.3.3 "סעיף ההשתדלות"

האפקטיביות של סעיף ההשתדלות או של קיום האמנה, ככל שהוא תלוי ברצונן הטוב של המדינות, נתון בספק. אין אינדיקציה ברורה בסעיף למידת הציות הנדרשת מכלי השייט. השימוש במונחים כמו "reasonable and practicable" אינם מסייעים בכך¹⁰⁶. Kiss ו-Shelton¹⁰⁷ סבורים כי סעיף זה מהווה הזמנה לצבא ולמדינות להתעלם מהכללים הסביבתיים. מנגנוני "סעיף ההשתדלות" נטולים מנגנוני פיקוח ושיטות דיווח ועל כן הם מעריכים יתר על המידה את רצונן הטוב של המדינות וצבאותיהן לשמור על סעיפים אלו¹⁰⁸. הם מעמידים בסימן שאלה את המניעים, אשר עמדו מאחורי כתיבתם, למרות השפעתם החיובית לכאורה¹⁰⁹.

2.3.4 הפתרון: החלת האמנה על המדינות תוך מתן אפשרות אכיפה למדינת הדגל בלבד

מדינות העולם טענו כנגד החלת סעיפי האמנה על כלי השייט צבאיים עקב האפשרות, הניתנת על פי האמנה למדינות החוף לערוך בדיקות בכלי השייט¹¹⁰. מחלקת ההגנה של הצבא האמריקאי בנייר עמדה לקראת האימוץ של אמנת הים טען כי:

¹⁰⁴ שם, בעמ' 13.

¹⁰⁵ Dehner, לעיל הערה 4, בעמ' 23.

¹⁰⁶ שם, בעמ' 9.

¹⁰⁷ Kiss & Shelton, לעיל הערה 27, בעמ' 174.

¹⁰⁸ Dehner, לעיל הערה 4, בעמ' 11.

¹⁰⁹ שם, בעמ' 12.

¹¹⁰ שם, בעמ' 15; Becker, לעיל הערה 61, בעמ' 14.

"To support military operations around the globe, there must be assurance that military vessels and their cargoes can move freely without being subject to levy or interference by coastal states."¹¹¹.

פתרון לבעיה זו אפשרי על ידי חסימת האפשרות לבדיקת כלי השיט צבאיים על ידי מדינות החוף והנמל והשאת האכיפה בידי מדינות הדגל בלבד. באופן זה נתגבר על בעיית הביטחון הלאומי, מחד, ומאידך לא נשאר את הציות לאמנה לרצונן הטוב של הממשלות, בהתאם ל"סעיף ההשתדלות".

הסעיפים המוציאים כלי השיט צבאיים מתחולתן של אמנות סביבתיות אינם עומדים בקנה אחד עם עקרונות החסינות של המדינה, אשר בדרך כלל מאפשרים חסינות מתהליכי האכיפה, אך לא מעצם תחולת החוק על המדינה¹¹². באופן הגיוני, וכן לאור המשפט הבינלאומי אין סיבה כי על כלי השיט הצבאיים לא יחולו חוקים למניעת זיהום הים. ניתן, כאמור לאפשר להם חסינות מתהליכי האכיפה על ידי מדינות שונות ממדינת הדגל.

נשאלת השאלה בנקודה זו מה תהיה היעילות של אכיפה על ידי מדינות הדגל, שהרי אינטרס מדינת הדגל קרוב יותר אל האינטרסים של כלי השיט, הרשומים תחת דגלה, ובייחוד נכון הדבר כאשר מדובר בכלי השיט צבאיים (אשר הינם בבעלות המדינה ולמעשה מהווים חלק בלתי נפרד מן האינטרסים הממשלתיים). לכך תתכנה מספר תשובות. האחת, קשורה במערכת היחסים הבינלאומיים בין המדינות. מדינות נוטות להוקיר בדרך כלל את היחסים הצבאיים אשר להן עם מדינות אחרות. אם מדינה מסוימת תגרום לנזקים סביבתיים במימיה הטריטוריאליים של מדינה אחרת בעלת יחסים צבאיים עימה, המדינה תסכן את יחסיה העתידיים. היא עלולה לגרום לכך שבמקרים הבאים תאסר כניסת כלי השיט צבאיים של אותה המדינה שזיהמה אל נמלי המדינה המזוהמת. זאת בייחוד, אם מדינת החוף תיווכח, כי לא ננקטו כל הליכים כנגד כלי השיט המזוהם. סביר להניח, אם כן, כי מדינות לא תחפוצנה לסכן את יחסיהן הבינלאומיים על מנת להגן על כלי השיט המזוהם. כמו כן, עקרון ההדדיות יכול לשחק כאן תפקיד נוסף, שהרי ידוע למדינה מסוימת כי אם היא לא תנקוט בצעדים כנגד כלי השיט שלה, אשר זיהמו במקום

¹¹¹ 140 Cong. Rec. S14,467-04, 14,472 (Oct. 6, 1994).

"Assurance that key sea and air lines of communication will remain open as a matter of international legal right and not contingent upon approval by coastal or island nations is a fundamental premise in our defense posture."

הובא ב- Dehner, שם, בעמ' 15 ה"ש 89.

¹¹² Kiss & Shelton, לעיל הערה 27, בעמ' 173.

אחר, כך גם כאשר כלי שייט אחרים יזהמו בשטחה הם לא ייענשו. לבסוף, יש לקוות כי מדינות תרבותיות מכירות בערכים הסביבתיים ובחומרה של זיהום הסביבה של מדינה אחרת.

בנוסף, ניתן לקבוע מנגנון של פיקוח עקיף, בדומה למנגנון הקיים באמנת מרפול המופעל כאשר מדינה מסוימת מגישה למדינת הדגל תלונה על זיהום הנגרם על ידי כלי שייט הרשום תחת דגלה. לפי מנגנון זה, המוזכר לעיל, כאשר מדינת הדגל מקבלת הודעה כי אחד מכלי השייט הרשומים תחת דגלה ביצע עבירה על אמנת מרפול, עליה לחקור את נסיבות הארוע, להגיש תביעה משפטית בעניין, ולדאוג שהעונש המוטל על כלי השייט יהיה מספק.¹¹³

ראינו, כי אמנת ברצלונה, על פרוטוקול מקורות יבשתיים שלה, חלים גם על גורמים צבאיים. ככל שמדובר במקורות יבשתיים מזהמים, אין קיימת בעיית הפיקוח על-ידי מדינות אחרות ועל כן, אין קיים הטיעון כנגד החלת הנורמות. על אותו המשקל, ניתן לאמר, כי אין סיבה שלא להחיל את האמנה ככל שהפיקוח והאכיפה יימסרו לידי מדינת הדגל בלבד.

מכל מקום, למרות החסרונות היחסיים בפיקוח בלעדי על-ידי מדינת הדגל אין ספק כי פתרון זה עדיף על אי אכיפה כלל. כמו כן זהו פתרון המתקבל על הדעת בבחינת האינטרסים המתנגשים. פתרון זה מאזן בין הצורך הביטחוני, כי לא ייערכו בדיקות וחקירות על כלי שייט צבאיים על ידי מדינות זרות מחד, לבין הצורך הסביבתי, כי על גורם מזהם משמעותי ככלי שייט צבאיים יחולו הוראות האוסרות זיהום ומגבילות אותו מאידך.

3. תחולת חוקים העוסקים בזיהום ים על הצבא

3.1 כללי

במרכז פרק זה עומדת השאלה האם מן הראוי להחיל חוקים ישראלים, העוסקים בנושא זיהום ים על צה"ל. לשם מתן מענה על שאלה זו נתחיל בסקירת הרקע לחקיקת החוקים הנדונים. סקירה זו חשובה בכדי להבין על מה מבוססים החוקים, לעמוד על מטרתם המרכזית ועל השיקולים אשר עמדו מאחורי חקיקתם. בהמשך נבחן מהם החוקים החלים על הצבא ומהם החוקים שאינם חלים, תוך העלאת השערות לגבי הסיבות לאי התחולה.

¹¹³ סעיף 4 למרפול, לעיל הערה 36, בעמ' 168.

לבסוף ננסה לענות על שאלת המחקר, תוך הצגת הקשיים והשיקולים בעד ונגד החלת פקודת השמן על הצבא.

3.2 החוקים במדינת ישראל העוסקים בזיהום ים

שלושה חוקים מרכזיים מטפלים בזיהום הים במדינת ישראל: חוק מניעת זיהום הים (הטלת פסולת), התשמ"ג – 1983 (להלן: חוק הטלת פסולת); חוק מניעת זיהום הים ממקורות יבשתיים, התשמ"ח 1988 (להלן: חוק מקורות יבשתיים), ופקודת מניעת זיהום מי ים בשמן [נוסח חדש], התש"ם – 1980 (להלן: פקודת השמן). מאמר זה יתמקד, כאמור בפקודת השמן, וישתמש לצרכי השוואה בחוק מקורות יבשתיים.

3.2.1 פקודת השמן

פקודת השמן נחקקה ביוזמת וועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת ביום י"ז באדר תש"ם (5 במרץ 1980) ובאה במקום פקודת שפיכתם של שמנים לתוך מי הים, 1936 (להלן: פקודת שמנים '36). בהצעה לפקודת השמנים '36 נאמר, כי פקודה זו אוסרת על זיהום מי הים ומימי אגמים ונהרות בשמן. כן מצוין, כי הפקודה מבוססת על "חוק השמן במימי ימים אגמים ונהרות, 1922" (החוק הבריטי). רוב הוראותיה של פקודת השמן זהות להוראות פקודת השמנים '36 והיא כוללת תוספות והתאמות של הפקודה לרוח הזמן והשלטון במדינת ישראל.

לאחר פרסום הפקודה נכנסו לתוקף תקנות מניעת זיהום מי הים בשמן (ביצוע האמנה), תש"ם – 1980, אשר הותקנו בעקבות הצטרפות ישראל לתיקוני 1962¹¹⁴ ל-OILPOL 54¹¹⁵. בשנת 1987 החליפו את תקנות אלו תקנות מניעת זיהום מי הים בשמן (ביצוע האמנה), התשמ"ז – 1987 (להלן: תקנות השמן), אשר נועדו לשם יישום מרפול.

3.2.2 חוק מקורות יבשתיים

במשך שנים רבות הייתה פקודת השמן החוק היחיד אשר אסר על זיהום הים. בהעדר חקיקה מתאימה כמעט שלא נעשו בישראל פעולות מניעה ופיקוח שוטף על זיהום הים והחופים בחומרים אחרים מאשר שמנים¹¹⁶. זאת, למרות שזיהום הים ממקורות יבשתיים

¹¹⁴ לעיל הערה 45.

¹¹⁵ לעיל הערה 43.

¹¹⁶ דו"ח 78, לעיל הערה 33.

נוטל חלק נכבד בזיהום הים ככלל¹¹⁷ ואף צוין כאחת הבעיות הסביבתיות החמורות ביותר לפתרון בים התיכון¹¹⁸.

בדברי ההסבר להצעת חוק מקורות יבשתיים נאמר, כי ישראל חתמה ב- 1980 על הפרוטוקול החשוב ביותר של אמנת ברצלונה, העוסק במניעת זיהום הים ממקורות יבשתיים, אשר נכנס לתוקף ב- 1983. כן עולה מהצעת החוק, כי מטרת חוק זה הינה, בייחוד, ליישם את פרוטוקול מקורות יבשתיים שבאמנת ברצלונה בחוק ישראלי. בדברי הכנסת¹¹⁹ נאמר, כי מטרת החוק למלא לאקונה שקיימת בנוגע לחוקים העוסקים במניעת זיהום ים, אשר אינם חלים על זיהום ממקורות יבשתיים. שוב מוזכרת בדברי הכנסת החשיבות הרבה של חקיקת חוק זה, אשר יישם הלכה למעשה את הוראות אמנת ברצלונה ופרוטוקול מקורות יבשתיים, אשר מדינת ישראל חתומה עליהם¹¹⁹. בסעיף 10 לחוק נקבע, כי הוא יחל ביום ה- 1 בינואר 1990.

חוק מקורות יבשתיים אוסר הזרמה או הטלה של חומרים לים ללא היתר. מכוח חוק זה מוקמת ועדת היתרים, אשר העומד בראשה הוא מנכ"ל המשרד לאיכות הסביבה, ושבת חבריה הינם נציגי משרדי הבטחון, הבריאות, החקלאות, התחבורה, התיירות והתעשייה והמסחר. מכוח חוק מקורות יבשתיים הותקנו תקנות מניעת זיהום הים ממקורות יבשתיים, התש"ן- 1990 (להלן: תקנות מקורות יבשתיים). תקנות אלה נכנסו לתוקף ב- 11 ביולי 1990. התקנות עוסקות בייחוד בנהלים לקיום החוק והאמצעים לאכיפתו. מצויות בתקנות אלו הוראות ביחס לחומרים המוגבלים והאסורים בהזרמה לים, והקריטריונים השונים לקבלת היתרים מיוחדים להזרמה לים. כן נקבעו בתקנות השיקולים, אשר על ועדת ההיתרים לשקול בבואה לתת היתר לזיהום הים.

3.3 תחולת החוקים הישראליים על הצבא

פקודת השמן אינה חלה על הצבא. ייתכן שהדבר נובע מסיבות הסטוריות: מדובר בחוק ישן יחסית, שהינו בפועל גלגולו החדש של חוק משנת 1922. לעומתו, חוק מקורות יבשתיים הינו חוק חדש (משנת '88) אשר כן חל על הצבא. אפשר כי השוני נובע מעלייה במודעות לאיכות הסביבה, ובצורך בשמירה על הים. סיבה נוספת יכולה להיות היישום של האמנות הבינלאומיות בחוקים הישראליים. בעוד שאמנת מרפול, אותה נועדה פקודת השמן ליישם, אינה חלה על הצבא, הרי אמנת ברצלונה חלה. לאור תחולתה של אמנת ברצלונה ופרוטוקול מקורות יבשתיים על הצבא, התחייבה מדינת ישראל במישור

¹¹⁷ ראה פרק 1.2.3. לעיל.

¹¹⁸ ראה פרק 1.3 לעיל.

¹¹⁹ ל"ב (התשמ"ח) 3235 (אשר נאמרו בקריאה הראשונה של החוק בישיבה 444 של הכנסת ה- 11 מה- 13 ביוני 1988).

¹¹⁹ חוק זה עבר קריאה שניה ושלישית בישיבה הארבע מאות ששים של הכנסת האחת עשרה מיום 18 ביולי 1988. הוא פורסם ב- 21 ביולי 1988.

הבינלאומי להחיל את החוק המיישם גם על הצבא. עם זאת, לא נעמיק בבחינת הסיבות והגורמים למצב הקיים, כי אם נבחן מהו המצב הרצוי: האם מן הראוי, כי החוקים הישראליים יחולו על הצבא, והאם יש מקום להבחין בין שני חוקים אלו.

3.4 האם מן הראוי להחיל את פקודת השמן על הצבא?

3.4.1 החובה במישור הבינלאומי

בפרק הקודם ניסינו לענות על השאלה האם קיימת למדינת ישראל מחויבות במישור הבינלאומי להחיל על הצבא חוקים כנגד זיהום הים בשמן. ראינו, כי כפי שהאמנות מנוסחות כיום אין קיימת חובה כזו, כי אם רק "סעיף השתדלות" המחייב את הצבא לנהוג ככל האפשר בהתאם להוראות האמנות. עם זאת, עקב הביקורת המועילית לעיל, נראה כי גם במישור הבינלאומי אין הצדקה שלא להחיל את האמנות על צבאות המדינות. אם ביקורת זו הייתה מתקבלת, מדינת ישראל הייתה מחויבת במישור הבינלאומי להחיל את פקודת השמן על הצבא. כלומר, מבחינת הדין הראוי, מן הראוי כי מדינות העולם יחילו הוראות המונעות מצבאותיהן לזהם את הים בשמן. בפרק זה נבחן האם קיימות הצדקות נוספות, המאפיינות את המצב במדינת ישראל להחלת פקודת השמן על צה"ל.

3.4.2 האם צה"ל הינו גורם המזהם את הים?

על מנת לענות על השאלה הנבחנת בפרק זה, עלינו לבחון תחילה האם צה"ל גורם מזהם. תשובה לשאלה זו הכרחית לשם המשך בחינת השאלה שבנדון, שכן אם צה"ל אינו גורם מזהם מערכת השיקולים הנבחנת תשתנה (אם כי, ניתן לטעון, כי להחלת החוק על המדינה קיים ערך חינוכי כשלעצמו, כפי שיפורט בהמשך).

3.4.2.1 זיהום הים בשמן

עד שנת 1994 היו בעיות חמורות של זיהום ים בשמן ע"י חיל הים (להלן: חה"י), ובייחוד ע"י בסיס חיפה (להלן: ב"ח). מסמך, אשר נכתב ע"י ראש אגף הים והחופים במשרד לאיכות הסביבה, אליק אדלר, בשנת 1992, המברך את מפקד חיל הים החדש, אלוף עמי איילון (כתוארו אז) מציג את עיקרי הבעיות בנושא השמן¹²⁰: מיכלי דלק, אשר מוקמו על הרציפים ללא מעצרות גרמו לדליפת דלק לים; עמדות התדלוק לא היו מותקנות ולא היו מופעלות כראוי; שאיבת שיפוליים¹²¹ התבצעה מדי פעם בשטח הנמל; עמדות ניקוי הנשק מוקמו באופן שגרם לזרימת שמן לים; נהול העברת מי שיפוליים לבתי זיקוק היה מסורבל, באופן בו נוצרו לעיתים עודפים אשר גלשו לים; לא היו מעצרות ומגשי טפטוף

¹²⁰ אליק אדלר, מכתב למפקד חיל הים, מניעת זיהום הים בחיל הים, 6 באוגוסט 1992.

¹²¹ מי שיפוליים הינם מי נטל, בלאסט, ראה הגדרה בפרק 1.2.2 (סעיף נפט).

בדוברות התדלוק. כמו כן, קיימת הייתה בעיית תשתית שבגינה נגרמו פיצוצים בקווי הובלת הדלק; על המזחים הוקמו פינות שימון צנרת ודלק וכך השמנים נשטפו לים עם הגשם.¹²²

המצב בבסיסי חיל הים, ובייחוד בב"ח היה חמור. שמן כיסה את פני הנמל כולו. בחיל הים לא שיתפו פעולה עם המשרד לאיכות הסביבה באותה התקופה. מפקח אזור חיפה, מר נמרוד אוטיץ, החליט לערב את השר לאיכות הסביבה דאז, יוסי שריד. לאחר סיור שהתקיים בבסיס חיפה בשנת 1995 השתנו פני הדברים, והחלו בשיתוף פעולה עם המשרד לאיכות הסביבה.

תוצאות הביקור הולידו מספר שינויים: הותקנו מיכלים לאיסוף שמנים ומי שיפוליים; נקבעו נהלי תדלוק לשם מניעת שפיכת שמן לים בעת תדלוק; הופסקה הזרמת דלק לים ע"י שטיפת קווי התדלוק לתוך הים; נקבעה דרישה להתקנת מעצרות מתחת למגופים של הדלקים (מעין בריכה המונעת טפטוף), הותקנו מגשי טפטוף ופקקים על צנרת הדלק ונקבעו נהלים חדשים לתפעול דוברת התדלוק. כמו כן הוקמה דוברת לאיכות הסביבה, האוספת מי שיפוליים, עליה מותקנים חוסמים, אשר אינם מאפשרים לשמן לנזול אל מימי הים.

עד כה עסקנו בזיהום שמן הנגרם בנמל. בנוגע לזיהום בים הפתוח הנגרם על ידי חיל הים, אין בידי המשרד לאיכות הסביבה די נתונים על מנת לענות על השאלה האם חיל הים מזהם את הים הפתוח בשמן¹²³. כיוון שפקודת השמן אינה חלה על הצבא, אין סמכויות בידי המשרד לעקוב אחרי כלי השייט הצבאיים ולבחון האם הם זיהמו. על מנת לאתר כלי שייט אזרחיים אשר זיהמו, משתמשים במטוסים המאתרים את הזיהום. עם זאת, ההנחה הינה כי בים הפתוח אין זיהום משמעותי על-ידי כלי שייט של חיל-הים, בייחוד מאחר שרוב שהותם אינה בים פתוח¹²⁴.

למרות כל השיפורים, אחד המזהמים העיקריים בתחום השמן כיום הוא הצבא¹²⁵. חלק מהבעיות העיקריות כיום הינן: שמן הזורם לים מדוברות תדלוק וחומרי ניקוי המושארים ללא מכסה; בתדלוק סטי"לים לעיתים השמן נשפך לים; את המזחים שוטפים במים הנוזלים לים כשהם רוויים בסולר.

¹²² ראיון עומק עם נמרוד אוטיץ, מפקח אזור חיפה, אגף הים והחופים בתאריך 8/6/99 (להלן: **אוטיץ**, 8/6).

¹²³ ראיון טלפוני עם נמרוד אוטיץ, מפקח איזור חיפה, אגף הים והחופים בתאריך 12/10/99 (להלן: **אוטיץ** 12/10).

¹²⁴ שם, שם.

¹²⁵ ראיון עומק עם נמרוד אוטיץ, מפקח אזור חיפה, אגף הים והחופים בתאריך 21/7/99 (להלן: **אוטיץ** 21/7).

3.4.2.2 זיהום הים ממקורות יבשתיים

ככלל, חיל הים אינו תורם תרומה משמעותית לזיהום ממקורות יבשתיים ביחס לגורמים מזהמים אחרים. זיהום ממקורות יבשתיים יכול להיגרם על ידי חומרים מגוונים, כאמור לעיל. "תרומתו" של חיל הים בתחום זה מתמקדת בזיהום על ידי שפכים. זיהום זה נוצר כתוצאה מאי קיום תשתית ביוב הולמת בחלק מבסיסי חיל הים. עם זאת, כמצוין לעיל הנתח של חיל הים בזיהום ממקורות יבשתיים אינו גדול מאחר שמרבית המבנים המרכזיים מחוברים למערכת סניטרית (דוגמת המבנים המרכזיים בב"ח), ומספר האנשים, המשתמשים במערכות הביוב היבשתיות, חסרות תשתית הולמת אינו רב. בנוסף, קיים שיתוף פעולה בין חיל הים לבין המשרד לאיכות הסביבה בתחום זה. הוכנו תוכניות משותפות לשם טיפול בבעיות הקיימות וחיל הים מקצה תקציבים לשם טיפול בבעיות הקיימות. כן תוכנן לטפל גם במערכת הביוב בב"ח, אך בשל חוסר תקציבי הטיפול עדיין לא החל¹²⁶. אף אם לא תמיד עומד חיל הים בלוח הזמנים אשר תואם עם המשרד לאיכות הסביבה (כך הוא המצב למשל בבסיס עתלית), בסך הכל המגמה הינה חיובית¹²⁷. כמו כן, כפי שהוזכר לעיל, ניתן לקבל היתרים להזרמה לים, בהתאם לחוק מקורות יבשתיים. ככלל, ההזרמות לים, אשר מבוצעות על ידי חיל-הים הינן הזרמות בהיתר, בהתאם לחוק מקורות יבשתיים.

3.4.3 האם קיים טעם בהחלת הפקודה – האם קיימת אכיפה על ידי המשרד לאיכות הסביבה כלפי הצבא בחוקים החלים על הצבא?

על מנת לענות על השאלה שבנדון (האם מן הראוי להחיל את פקודת השמן על הצבא) יש לענות תחילה על שאלה מקדימה- האם מתבצעת אכיפה כלפי הצבא בחוקים אשר חלים עליו? אם התשובה לשאלה זו שלילית, אין טעם בבדיקת שאר הטעמים להחלת החוק, שהרי חוק שחל ואינו נאכף הינו כאבן שאין לה הופכין. במצב זה היינו בודקים את המניעים והטעמים לאי אכיפת החוק וממליצים המלצותינו בהתאם לכך.

¹²⁶ ראיון עומק עם רס"ן צחי אייל, רמ"ד איכות הסביבה, חיל – הים, בתאריך 5/9/99 (להלן: רמ"ד איכה"ס, 5/9).
¹²⁷ אוטיץ 8/6, לעיל הערה 122.

3.4.3.1 האם קיימת הפליה לטובת הצבא?

מראיונות עם ד"ר אילן מליסטר¹²⁸; עם מר נמרוד אוטיץ'¹²⁹; ועם רמ"ד איכות הסביבה של חיל הים¹³⁰ עולה, כי אין יחס מיוחד כלפי הצבא. כאשר חיל הים מפר את הוראות החוק נוהגים כלפיו כפי שנוהגים כלפי כל מפעל אחר. דוגמא עכשווית לכך ניתן למצוא בחקירה אשר מתנהלת בימים אלו בנוגע לבימ"ל – בית מלאכה לשיפוץ מנועים, אשר עקב תקלה שמנים זורמים ממנו לנחל סעדה, ללא היתר להזרמה. למרות ההתרעות על הבעיות במערכת בביקורות מצ"ד¹³¹, הבעיה לא נפתרה. כמו כן, באופן שוטף נערכות ביקורות מצ"ד, אשר בהן נדרשים הבסיסים בין השאר לשמור על סטנדרטים שונים של איכות הסביבה. בביקורות משתתפים, בין השאר, נציגי המשרד לאיכות הסביבה.

3.4.3.2 האם הוגשו תביעות כנגד הצבא?

על מנת לענות על שאלה זו נבדקו תיקי החקירה של אגף הים והחופים, אשר נפתחו בגין חשדות לביצוע עבירה על פי פקודת השמן או על פי חוק מקורות יבשתיים¹³². אף אחד מתיקים אלו לא נפתח כנגד חיל הים. נשאלת השאלה כיצד מתיישבת העובדה, כי המשרד לאיכות הסביבה אוכף את החוקים החלים על הצבא ללא הפליות עם העובדה שלא הוגשו תביעות כנגד הצבא.

התשובה לשאלה זו מתחלקת לשניים: כאמור לעיל, תביעות כנגד הצבא יכולות להיות מוגשות רק בגין עבירות על חוק מקורות יבשתיים, שכן פקודת השמן אינה חלה על הצבא. כפי שראינו לעיל, הנתח של הצבא בעבירות לפי חוק מקורות יבשתיים אינו גדול במיוחד (ובייחוד החלק אינו גדול בהשוואה למקורות יבשתיים אחרים). קיים שיתוף פעולה בין המשרד לאיכות הסביבה לבין חיל הים על מנת להגיע לפתרון הבעיות הקיימות בתחום זה^{133,134}. על כן אחת הסיבות המרכזיות לכך שלא הוגשו תביעות בגין חוק מקורות יבשתיים הינה אי קיום עילה מספקת להגשת תביעות לפי חוק זה, או שיקול דעת של האחראים על הנושא במשרד לאיכות הסביבה לפיו עדיף להמשיך את שיתוף הפעולה ולא לנקוט בצעדים משפטיים.

¹²⁸ ראיון עומק, ד"ר אילן מליסטר, מפקח ארצי לעניין זיהום ים ממקורות יבשתיים, בתאריך 21/7/99 (להלן: מליסטר 21/7).

¹²⁹ אוטיץ' 21/7, לעיל הערה 125.

¹³⁰ רמ"ד איכה"ס 5/9, לעיל הערה 126.

¹³¹ מספן ציוד של חיל הים.

¹³² נבדקו כל התיקים אשר הטיפול בהם הסתיים עד לחודש אוגוסט '99 והובאו לאגף הים והחופים. כלומר, נבדקו כל התיקים אשר נפתחו בין השנים 1990 – 1995; מחצית התיקים אשר נפתחו בשנת '96 וכן רבע מן התיקים אשר נפתחו בשנת '97 ומספר תיקים בודדים משנת '98.

¹³³ מליסטר 21/7, לעיל הערה 128.

¹³⁴ רמ"ד איכה"ס 5/9, לעיל הערה 126.

הסיבה השניה, שהינה חשובה לא פחות, מחולקת לשניים וכרוכה הן בהיקף השימוש הכללי בחוק מקורות יבשתיים, והן בייעולותו כחוק. כאמור, חוק מקורות יבשתיים נועד לטפל בזיהום הנוצר ממקורות יבשתיים ולצמצמו עד למידה המקסימלית האפשרית. היינו מצפים, כי יתקיים מתאם בין שני משתנים אלו (היקף הזיהום והיקף השימוש בחוק), אך התוצאות העולות מבחינת התיקים מפתיעות.

סך כל התיקים, אשר נפתחו בגין חוק מקורות יבשתיים קטן ביותר, זאת למרות הנתח הגדול של הזיהום ממקורות יבשתיים (כאמור, הנתח של מקורות יבשתיים בזיהום ים הוא הגדול ביותר בעולם ככלל¹³⁵, ואף הוכר כאחד מהגורמים הבעייתיים ביותר בים התיכון ובארץ¹³⁶). היינו מצפים, אם כן, כי היקף התיקים לפי חוק מקורות יבשתיים ישא נתח נכבד מסך התיקים, אשר נפתחו בגין עבירות זיהום ים. לשימוש מועט בחוק ייתכנו סיבות שונות, כגון מדיניות של אי הגשת תביעות לפי החוק ושימוש בחלופות אחרות (כגון מכתבי התראה, מ"מ מוגבר ועוד); מספר עבירות מצומצם שנעברות על פי חוק זה; שימוש בחוקים חלופיים. סיבה נוספת יכולה להיות חוסר יעילות החוק, אשר גורמת לממונים על הנושא להימנע מהגשת תביעות על פי החוק בשל הידיעה כי החוק לא יועיל. בנקודה זו לא נכריע מהי הסיבה לאי השימוש בחוק מקורות יבשתיים. אך נציין, כי לאור השימוש הדל אשר נעשה בחוק מקורות יבשתיים ככלל, היינו מצפים שכך יהיה אף יחס התיקים המופנים כלפי הצבא.

בנוסף לשימוש המועט בחוק מקורות יבשתיים, קיים שוני בין היקף התיקים אשר נפתחו כנגד מקורות יבשתיים לבין היקף השימוש בחוק. הממוצע הארצי של תיקים כנגד מקורות יבשתיים כמעט זהה למספר התיקים אשר נפתחו בגין זיהום מכלי שיט, כלומר, הממוצע הכלל שנתי של תיקים שנפתחו כנגד מקורות יבשתיים הוא כ- 40%, כאשר החל משנת '93 כ- 50% מהתיקים נפתחו כנגד מזהמים יבשתיים. למרות שאחוז הזיהום על ידי מקורות יבשתיים הוא הגבוה ביותר באופן כללי ואחוז התיקים כנגד מזהמים יבשתיים דומה לאחוז התיקים כנגד כלי שיט, רק 11% מן התיקים כולם נפתחו בגין חוק מקורות יבשתיים.

פקודת השמן מאפשרת פתיחת תיקים הן במקרים של שפיכת שמן מכלי שיט והן במקרים של שפיכת שמן ממתקן הממוקם ביבשה (כלומר מקורות יבשתיים). אם כן, כאשר מקור יבשתי זיהם את הים בשמן קיימות שתי אפשרויות לפתיחת תיק: האחת, שימוש בפקודת השמן והשניה שימוש בחוק מקורות יבשתיים. קיימת העדפה ברורה לשימוש בפקודת השמן בכל המקרים בהם ניתן היה לבחור בין חוק מקורות יבשתיים לבין פקודת השמן (כל המקרים בהם זיהמו מקורות יבשתיים בשמן). בחמישים וחמישה

¹³⁵ ראה פרק 1.2.3. לעיל.

¹³⁶ ראה פרק 1.3. לעיל.

המקרים (בין השנים 1998-1990) בהם ניתן היה להשתמש בשני החוקים בחרו להשתמש בחוק מקורות יבשתיים בנוסף לפקודת השמן רק פעם אחת. מעולם לא בחרו להשתמש באלטרנטיבה של חוק מקורות יבשתיים לשם העמדה לדין. בחירה זו נעשתה לאור היעילות הרבה יותר של פקודת השמן ביחס לחוק מקורות יבשתיים.

נשווה בין שני החוקים אשר גוף אחד (המשרד לאיכות הסביבה) אמון על פתיחת תיקי חקירה בגינם. נניח, כי קריטריונים זהים מנחים את מקבלי ההחלטות בפתיחת תיק חקירה (והם: מידה זהה של חוזק ראיתי וקיום חשדות לכאורה). סגירת מספר תיקים רב יותר לפי חוק מסויים (כלומר, אי יכולת להוכיח את קיום החשדות) מעידה על קושי בהוכחת העבירות אשר הוא קובע. אם כן, העובדה כי אחוז התיקים אשר נסגרו בגין חוק מקורות יבשתיים גבוה מאחוז התיקים אשר נסגרו בגין פקודת השמן¹³⁷, מעידה על קושי נוסף בחוק מקורות יבשתיים לעומת פקודת השמן.

אם כן, לא זו בלבד שאחוז התיקים אשר נפתחים לפי חוק מקורות יבשתיים נמוך באופן משמעותי מן התיקים אשר נפתחים לפי פקודת השמן¹³⁸, גם אחוז התיקים אשר נסגרים לפי חוק מקורות יבשתיים גדול בהרבה. צירופם יחדיו של כל הנתונים הללו מוביל למסקנה כי קיימת בעייתיות גדולה יותר בחוק מקורות יבשתיים מאשר בפקודת השמן.

על כן התשובה השניה לשאלה מדוע לא הוגשו תיקים כנגד הצבא טמונה בבעייתיות הקיימת בחוק מקורות יבשתיים, אשר פעמים רבות אינו מאפשר הגשת תביעות¹³⁹. מכל מקום, נראה כי הסיבה לאי פתיחת תיקי חקירה כנגד הצבא אינה העלמת עין או העדר רצון לאכוף כלפי הצבא כי אם סיבות אובייקטיביות אשר הובילו לכך.

3.4.4 השלכות החלת החוקים על תפקוד כלי השיט הצבאיים

בבואנו להחיל חוק על הצבא, יש לבחון מהן המשמעויות הביטחוניות של החלת החוק. ליתר דיוק במקרה דנן, האם יש בהחלת החוק בכדי לפגוע ביכולת התפקוד של כלי השיט באופן אשר ישליך על בטחון המדינה. על מנת לבחון שאלה זו נבחין בין היות כלי השיט בנמל לבין היותו בפעילות מבצעית בים הפתוח. תחילה נבחן מהם הנוקים העלולים להיגרם לכלי השיט המצויים בנמל. במתחם זה, נראה כי אין בהחלת פקודת השמן בכדי לגרום לשינוי כלשהו בתצורת כלי השיט. שמירה על נהלי תדלוק מתאימים, הימנעות משטיפת שמן לתוך הים ועוד, כל אלו אין בהם בכדי לפגוע ביכולת המבצעית

¹³⁷ הממוצע הארצי של סגירת תיקים לפי חוק מקורות יבשתיים הוא 25% לעומת 11% סגירת תיקים לפי פקודת השמן.

¹³⁸ לעיל הערה 137.

¹³⁹ הבעייתיות בחוק מקורות יבשתיים ובפקודת השמן והצעות לפתרון הבעיות הינן נשוא למחקר עתידי של הכותבת.

של כלי השייט. רמ"ד איכה"ס חיל הים סבור אף הוא, כי בהימצא כלי השייט בנמל, אין מניעה לכך שיתנהג ככל כלי השייט אזרחי.¹⁴⁰

יש לזכור, כי פקודת השמן גופה חלה אך ורק על המים הטריטוריאליים של מדינת ישראל ועל מימיה הפנימיים¹⁴¹. זהו מעין "מרחב ביניים" המשתרע בין דיונון הראשון, באשר לכלי השייט המצויים במימי הנמל, לבין הדיון המובא להלן, העוסק ביציאת כלי השייט אל מחוץ למים הטריטוריאליים לפעילויות מבצעיות. מאחר שמדובר בתחום מוגבל (עד 12 מילין ימיים), נראה לי כי את הדיון שלעיל, הנוגע לנמל קל יותר להרחיב על תחום זה. אך אין לשכוח, כי בהתאם לס' 35 לפקודת השמן, שר הפנים ושר התחבורה רשאים להתקין תקנות לביצוע אמנות רלוונטיות, אשר מדינת ישראל צד להן¹⁴². תקנות אלו הוצאו¹⁴³ ותחולתן משתרעת כתחולת אמנת מרפול (כלומר, לא רק על המים הטריטוריאליים של המדינה, כי אם על כל הסביבה הימית). על כן נבחן אף את השאלה השניה, הכרוכה במשמעות הבטחונית של החלת פקודת השמן אל מחוץ למים הטריטוריאליים של המדינה.

כאשר כלי השייט מצויים בפעילות מבצעית מחוץ למימי הנמל ולעתים אף מחוץ למים הטריטוריאליים של מדינת ישראל, ייתכן, כי על מנת להמנע משפיכת שמן לתוך הים (בדמות מי שיפוליים וכד'), יש להתקין מתקנים שונים על כלי השייט שימנעו את הטלת השמן. לכך נתנו את הדעת בארה"ב בס' 312(a) ל - Clean Water Act¹⁴⁴. בתיקונים לסעיף זה¹⁴⁵ נקבעה חובה על שר ההגנה האמריקאי בשיתוף עם מנכ"ל המשרד לאיכות הסביבה האמריקאי לפתח סטנדרטים להזרמות לים על ידי כלי השייט צבאיים (בין השאר גם בעניין מי שיפוליים)¹⁴⁶. לצורך קביעת סטנדרטים אלו נדרש הצי האמריקאי אף לפתח מתקנים מיוחדים וכלי שייט העומדים בסטנדרטים שנקבעו, אשר יסייעו בהשגת היעדים. פיתוח הסטנדרטים יביא בסופו של דבר להסדרת האפשרות להטיל לים סוגים שונים של פסולת. התהליך מתבצע בשלושה שלבים. בשלב הראשון נדרשים הגורמים המוסמכים לאתר את ההזרמות המתבצעות תוך כדי פעילות מבצעית רגילה, ולהעריך את הטיפול האפשרי בהטלות אלו, תוך התחשבות בשיקולים שונים. שלב זה התבצע בפועל וכך

¹⁴⁰ רמ"ד איכה"ס 5/9, לעיל הערה 126.

¹⁴¹ סעיף 1(ב) לפקודת השמן.

¹⁴² בעניין זה הכוונה לאמנת מרפול (לעיל הערה 36).

¹⁴³ תקנות מניעת זיהום מי הים בשמן (ביצוע האמנה), התשמ"ז – 1987 (להלן: תקנות השמן).

¹⁴⁴ Clean Water Act, 33 USC, § 1322.

¹⁴⁵ National Defence Authorization Act 1996, 33 USC § 1003.

הוזכר ב: Dehner, לעיל הערה 4, בעמ' 174 הי"ש 95.

¹⁴⁶ ראו הגדרת: discharge incidental to the normal operation of a vessel
Clean Water Act 33 USC § 1322 (a) (12)

אותרו כלי שייט אשר נדרשת בהם התקנת מתקנים לטיפול בזיהום^{148,147}. בשלב השני, אמורים לזהות את המתקנים הנאותים לסוגי ההטלות השונות הדורשות טיפול וכן להגדיר את התקנים להטלת החומרים למים. בשלב השלישי, משרד ההגנה יפתח את התקנות לעיצוב בניה, התקנה ושימוש במתקנים אלו.

לפי האמור לעיל, עולה כי כנראה קיימת אפשרות טכנית ליצור כלי שייט אשר אינם גורמים לזיהום הים תוך כדי פעילותם הצבאית. ניתן ללמוד מארה"ב לעניין זה, ולהחיל את פקודת השמן גם על הצבא, תוך לימוד מהתוכניות של ארה"ב בעניין המתקנים הנדרשים (אם אכן נדרשים מתקנים כאלו בחיל הים הישראלי). בנוסף לכל האמור לעיל, חיל-הים הישראלי עושה דרכו בימים אלו לקראת התקנת מתקנים מפרידי שמנים על הסטי"לים, כך שיתאמו לקריטריונים הקבועים באמנת מרפול¹⁴⁹. לפיכך נראה, כי חיל הים עצמו מודע לאפשרות להתקין על הסטי"לים את המכשור המתאים על מנת שלא יתקיים כלל זיהום מכלי השייט.

דוגמא נוספת בעניין פיתוח טכנולוגיות מתאימות ניתן ללמוד מתחום הזיהום בפסולת פלסטית ע"י כלי-שייט צבאיים בארה"ב. Marine Plastic Pollution Research and Control Act¹⁵⁰ (MPPRCA) החיל למעשה את הוראות נספח 5 לאמנת מרפול על צבא ארה"ב וקבע כי על הצבא לציית להוראות החוק החל מ-1 בינואר 1994. בעקבות החלת חוק זה, הצבא האמריקאי פיתח טכנולוגיות על מנת שחיל הים האמריקאי יוכל לעמוד בדרישות החוק. זהו תחום אשר בו פיתוח משמעותי בקרב הצבא האמריקאי מאחר שהחוק כבר חל כיום על הצבא והוא הוחל לפני מספר שנים מועט. דוגמא זו הובאה על מנת להמחיש בדוגמא חיה כי קיימות טכנולוגיות וכלים להתמודד עם בעיות איכות הסביבה, תוך שמירה על ייעודם המקורי של כלי השייט הצבאיים ועל רמתם המבצעית¹⁵¹.

¹⁴⁷ Marine Pollution Control Devices (MPCD)

¹⁴⁸ Uniform National Discharge Standards For Armed Forces Vessels, EPA,

Office of Water, www.epa.gov/ostwater/Rules/UNDS/factfn1.html

¹⁴⁹ אוטץ 12/10, לעיל הערה 123.

¹⁵⁰ 33 U.S.C. section (1901) Pub.L. No 100-220 (1987)

¹⁵¹ להרחבה בעניין הטכנולוגיות הקיימות בארה"ב לשם יישום ה- MPPCRA ראה

Dehner, לעיל הערה 4, בעמ' 21, 22.

3.4.5 האם קיים ניגוד אינטרסים בין האינטרס הבטחוני לבין האינטרס לשמור על הים נקי?

אין חולק על חשיבות ההגנה על הים כחלק מן ההגנה על מדינת ישראל. למגינת ליבנו מוקפים אנו במדינות אויב. לא פעם מונע חיל הים התקפות טרור המגיעות מגבולותיה הימיים של המדינה. ההתקפה האחרונה מכיוון הים ארעה ביולי '97, כאשר סירת דייג לבנונית, שנראתה לכאורה תמימה התפוצצה בגזרת דרום - לבנון, בקרבת ספינת דבורה של חיל הים. תפקידי חיל הים מוגדרים בהפ"ע 2.0402¹⁵². כולם כוללים שימוש בים כאמצעי להגן על המדינה ועל המים הטריטוריאליים שלה. אך האם יוכל חיל – הים הישראלי להגן על חופי המדינה כאשר הים יגיע לרמת זיהום גבוהה מאוד?

חלק מפעולות חיל הים לשם ביצוע תפקידיו הייעודיים נעשות לא רק על כלי שיט, כי אם תוך שימוש במימי הים עצמם. אם הים יגיע למצב בו תהיה קיימת סכנה בריאותית למתרחצים בו, תפגע יכולת ההגנה הצבאית של חיל-הים שכן תמנע האפשרות לבצע פעולות ימיות תוך שימוש במימי הים. מיותר לציין, כי גם כאשר נמצאים חיילים על ספינות של חיל הים, הם אינם מחוסנים ממגע עם מימי הים. פגיעה מהותית באיכות מי הים עלולה לפגוע בבריאות החיילים. אם כן, מעבר לחשיבותו של הים ולערכו הייחודי של נכס זה, לחיל הים קיים אינטרס מהותי בשמירה על איכות הים. תפיסה זו הולכת ומחלחלת הן בקרב חיל הים האמריקאי והן בקרב חיל הים הישראלי.

התפיסה הרווחת כיום, כי האוקיינוסים הינם הירושה של האנושות כולה הולכת יד ביד עם תפיסות הבטחון בארה"ב. חיל הים האמריקני הגיע להכרה כי הדאגה לסביבה הינה צורך חיוני¹⁵³. הצבא האמריקאי מודע לכך שקיימת אפשרות כי חוקים סביבתיים יכולים לפגוע ביכולת של חיל הים האמריקאי לבצע את משימותיו. למרות פוטנציאל זה, חיל

¹⁵² סעיף 4 להפ"ע 2.0402:

"תפקידי זרוע הים הם אלה:

- א. להגן במימד הימי על מדינת ישראל ועל מרחב הפעולה של צה"ל.
- ב. להבטיח את השיט החיוני של מדינת ישראל.
- ג. לסייע לכוחות צה"ל בהכרעת המלחמה.
- ד. לפגוע ביעדים בשטח האויב.
- ה. ליצור את תמונת המודיעין הימי ולהשתתף ביצירת תמונת המודיעין הכוללת ובהערכתה.
- ו. להשיט כוחות, ציוד ומערכות ייעודיות.
- ז. לבצע משימות חיפוש והצלה ימיות.
- ח. לבצע משימות מיוחדות.
- ט. לבנות את הכוח הימי להגשמת ייעוד הזרוע, כחלק מתכנון בניין צה"ל ועל פי הסמכויות שהוקנו לה."

¹⁵³ Jhon H. Dalton (Secretary of the Navy): "We protect the Environment – We live here, too, All Hands" jan 1996, הופיע ב: Yuzon, לעיל הערה 4, בעמ' 31.

הים ניסה לייסד מדיניות אשר תתמודד עם הבעיות הללו ותציית לכל החוקים הסביבתיים¹⁵⁴. כמו כן, הגיע חיל הים האמריקאי למסקנה, שמאחר שמופקדת בידיו השמירה על הים, על מנת לזכות באמון הציבור עליו לעשות כל שביכולתו בכדי לשמר את המשאבים אשר הופקדו בידיו¹⁵⁵. כפי שאמרה עוזרת בכירה לסגן שר הימיה בארה"ב: "readiness and protection of the environment are inextricably linked...Because we need continued use of and access to... our seas ..., we view our environmental program as an integral part of our overall management effort to accomplish our mission".¹⁵⁷ קיימת הכרה בכך שיש למנוע את הזיהום על מנת לשמר את הגישה לים¹⁵⁸. על החשיבות של מניעת הזיהום בעיני הצבא ניתן ללמוד גם מדברי Elsie Munsell: "pollution prevention is a key pillar, if not the key of our overall environmental security program...pollution prevention is critical to protecting the health of our people, ensuring our ability to operate and train effectively and protecting our nation...".¹⁵⁹ כלומר, קיימת מודעות לחשיבות בנקיטת אמצעים למניעת זיהום ים. כמו כן קיימת בצבא האמריקאי מודעות לחשיבות השמירה על איכות הסביבה הימית ועל הקשר ההדוק שבין התפקוד הצבאי של חיל הים האמריקאי לבין השמירה על איכות הסביבה¹⁶⁰. המודעות האמריקאית לקשר ההדוק בין המוכנות הצבאית לבין ההגנה על הסביבה הימית, יוצאת מהכוח אל הפועל באמצעות תוכניות שונות לשמירת הסביבה הימית אשר הוכנו בחיל הים האמריקאי. בין היתר, קיימת תוכנית אשר מטרתה מניעה מקסימלית של זיהום הים. כך שעל אף שתפקידו העיקרי של חיל הים הוא הגנה על

¹⁵⁴ Yuzon, שם, בעמ' 32.

¹⁵⁵ Department Of the Navy, Natural Resources Conservation Strategic Plan, <http://www.enviro.navy.mil/conserv.htm>.

¹⁵⁶ Cheryl A. Kandaras, Principal Deputy Secretary of the Navy (Installations and Environment), Statement Before the Subcommittee on Defense of the Senate Apopropriations Committee on the Department of the Defense: Environmental Programs (May 17, 1994), 1994 WL 14187864 at 2.

¹⁵⁷ Yuzon, לעיל הערה 4, בעמ' 32 (להלן: Kandaras Testimony).

¹⁵⁸ שם, בעמ' 36.

¹⁵⁹ שם, בעמ' 38.

¹⁶⁰ Elsie Munsell, Address Before the U.S. Navy Pollution Prevention Conference: Held in Crystal City, Virginia on June 6, 1995, Yuzon - אשר הובא ב- Yuzon.

¹⁶⁰ לעיל הערה 4, בעמ' 38 ה"ש 182 (להלן: Pollution Prevention Speech). נאמר בנוגע לתוכנית של חיל הים למניעת זיהום הים כי התוכנית:

"will help improve military readiness...by improving maintenance cycle times and reliability, improving personnel safety, reducing the regulatory burden on [the U.S Navy's] activities, and increasing productivity."

ארה"ב ועל האינטרסים הימיים שלה, מפקדי חיל הים האמריקאי מודעים להכרח לשמור על הסביבה הימית ומיישמים מודעות זו במדיניות ובתוכניות שונות¹⁶¹.

גם בחיל הים הישראלי קיימת מודעות לנושא איכות הסביבה. חיל הים הישראלי הינו בין הגופים הצבאיים הראשונים, אשר ייסדו שיתוף פעולה מלא ופורה עם המשרד לאיכות הסביבה¹⁶² אשר נמשך זה שנים אחדות¹⁶³. ייתכן, כי הקשר הטוב בין המשרד לאיכות הסביבה לבין חיל-הים נובע מן הקשר ההדוק שבין הימאים לבין הים¹⁶⁴. גם בחיל הים הישראלי קיימת תוכנית רב שנתית לטיפול בנושא איכות הסביבה ומוקצים לשם כך כספים¹⁶⁵. קיימת תוכנית הן בתחום המניעה והן בתחום ההדרכה. כיום, בכל קורס אשר ניתן על ידי חיל הים מועברות הרצאות על ידי אנשי אגף הים והחופים של המשרד לאיכות הסביבה. בנוסף, מתבצעות ביקורות שונות על מנת לאתר את הגורמים אשר אינם עומדים בתקנים הנדרשים בחיל הים. מעבר לכך, הוקצו כספים לטיפול בבעיות שונות בתחום זיהום הים במסגרת בסיסי חיל-הים. בחיל הים הישראלי קיימת הכרה בחשיבות השמירה על הסביבה הימית כחלק משימור כוחו של החיל.

מעבר לחשיבות הפרגמטית של השמירה על איכות הסביבה, לשם שמירה על כוחו של החיל, קיים דיסוננס קוגניטיבי בניסיון להגן על האנושות וערכיה באמצעות הצבא מחד, ולהרוס את הסביבה ועימה את חיי האנושות מאידך, כפי שהיטיב לנסח זאת Michael Renner¹⁶⁶: "A world that wants to make peace with the environment cannot continue to fight wars or to sacrifice human health and the earth's ecosystems preparing for them."

3.4.6 התלות ברצונם הטוב של גורמים אנושיים שונים על מנת שתתבצע אכיפה

ראינו, כי המשרד לאיכות הסביבה עמד פעמים חסר אונים מול מפקדים שונים בחיל-הים, תוך ניסיון להסביר להם את חומרת הבעיה בזיהום הים ונסיגות למצוא פתרונות משותפים. פעמים רבות נתקלו באטימות וחוסר תגובה מצד מפקדי חיל הים. בצר לו כתב ראש אגף הים והחופים, מר אליק אדלר, למפקד חיל הים אשר התמנה בשנת 1992 והציג בפניו את חוסר האונים של המשרד לאיכות הסביבה שאין נענים לפניותיו, שכן היות

¹⁶¹ Yuzon, לעיל הערה 4, בעמ' 41.

¹⁶² רמ"ד איכה"ס 5/9, לעיל הערה 126.

¹⁶³ מליסטר 21/7, לעיל הערה 128.

¹⁶⁴ לשם השוואה, Larry Koss, חבר צוות ב- chief of naval operations, הסביר, כי חיל הים של ארה"ב, וכן חיילות ים אחרים ברחבי העולם בדרך כלל מגלים רגישות כלפי הגנת הים עקב הקשר ההדוק שבין הימאים לבין הים, הובא ב-Dehner (לעיל הערה 4, בעמ' 18).

¹⁶⁵ רמ"ד איכה"ס 5/9, לעיל הערה 126.

¹⁶⁶ M. Renner "Assessing the Military's War on the Environment" *World Watch* **State of the World**.

שפקודת השמן אינה חלה על הצבא, הרי אין דרך משפטית לטפל בנושאים אלו¹⁶⁷. כפי שמציין מר אליק אדלר, קו ההגנה האחרון של אגף הים והחופים הוא הפניה לתקשורת. כאשר החוק אינו חל על גוף מסויים, הציות לו נתון לטוב ליבם ולרצונם הטוב של העומדים בראש אותו הגוף. ברור לנו, כי לא רצוי להותיר נושא חשוב זה לרצונם הטוב של רשויות הצבא.

בנוסף, גם אם ננקטים צעדים למניעת הזיהום, קיימת בעיה ככל שהם מהווים אכיפה פנימית בלבד. בכל תחומי הזיהום, ובייחוד בתחום הזיהום ע"י כלי-שייט, ננקטים צעדים פנימיים בצבא כלפי המזהמים. חיילים אשר גורמים לזיהום הים בשמן, נענשים על ידי סגני מפקדי הבסיסים. זו המגמה הכללית בחיל-הים, אם כי אין קיימות הוראות מדיניות בנושא המרוכזות על ידי גוף אחד בחיל-הים¹⁶⁸. באופן זה, הן האכיפה והן הענישה תלויות בהזדהות האישית של המפקדים הספציפים עם נושא זיהום הים. ייתכן שוני בהתייחסות בין הבסיסים השונים למקרי זיהום, הן בנוגע לעצם ההעמדה לדיון בגין העבירה והן באשר לעונש אשר יושת על העבריינים. באופן זה אין פיקוח על אכיפת ההוראות האוסרות על זיהום הים בשמן. שיטת האכיפה הפנימית בתחום זה מתגלה כשיטה שאינה קונסיסטנטית ועל כן אינה יכולה להגן מפני הזיהום באופן מיטבי. אכיפה המבוצעת על ידי גוף חיצוני משיגה את יעדיה באופן טוב יותר.

כמו-כן, טיב האכיפה ככל שהחוק אינו חל על הצבא תלוי גם ברצונם הטוב של מפקחי אגף הים והחופים של המשרד לאיכות הסביבה. האחרון, אמון על אכיפת חוקי מדינת ישראל העוסקים בזיהום ים. כאשר חוק מסוים אינו חל על הצבא, אין זו חובתם של המפקחים לדאוג לאכיפתו. כמו-כן, אין בידיהם סמכויות לגרום לכך שהחוקים ייאכפו. כלומר, אם ייווצר זיהום על ידי חיל הים ומפקח של אגף הים והחופים יהיה מודע לזיהום זה, אין לאל ידו לנקוט בדרכים משפטיות על מנת לעצור את המפגע. הכלים היחידים, אשר נותרים בידי המפקחים במצב בו אין תחולה של החוק על הצבא, הינם אמצעים לבר משפטיים. אמצעים אלו מותירים מפקחים פעמים רבות חסרי אונים מול הגוף הצבאי. יתר על כן, השאלה האם מפקח מסויים יתמודד עם חיל-הים וינסה למנוע זיהום כאשר החוק אינו חל על חיל-הים תלויה במפקח בלבד. מפקחים מסויימים ינסו לעשות כל שביכולתם על מנת למנוע את הזיהום מתוך תחושת שליחות. אחרים יעדיפו שלא לטפל בנושאים אשר אינם בסמכותם ואינם במסגרת הגדרת תפקידם. על כן, השאלה האם המפקחים יעקבו אחר הזיהום אשר נגרם בחיל הים תלויה באופיו של המפקח הספציפי. עניין זה בעייתי יותר ככל שנראה חשיבות בעבודתו של המפקח ובביקורת החיצונית של המשרד לאיכות הסביבה על הזיהום הנגרם על ידי גופים צבאיים.

3.4.7 הפן החינוכי – כיצד ייתכן שכלפי הצבא לא וכלפי אחרים כן?

¹⁶⁷ אליק אדלר, מכתב למפקד חיל הים, מניעת זיהום הים בחיל הים, 6 באוגוסט 1992.

¹⁶⁸ רמ"ד איכח"ס 5/9, לעיל הערה 126.

לנימוק זה שני גוונים: האחד, מתמצה בביטוי "הצדק לא צריך רק להעשות אלא גם להראות". על מנת שהציבור יכיר בכך כי הצבא ידידותי לסביבה וכי הצבא אכן מקיים את הסטנדרטים הנדרשים מן הציבור, יש לערב גוף חיצוני שישמור על קיום הכללים הסביבתיים¹⁶⁹.

השני, הינו תחושת ההפליה של הציבור הישראלי, אשר ברובו מעורה בחיי הצבא ויודע על המתרחש. לדוגמא: כאשר קבלן משרת במילואים בחיל-הים ורואה שבחיל הים לא עושים כלום כאשר נשפך שמן לים ולעומת זאת החברה שלו קיבלה קנס גבוה עקב זיהום שגרמה, נוצרת בעיה של נורמה שלילית. קיים הבדל בין איסור פלילי, הגורר אחריו חקירה תחת אזהרה וסנקציה פלילית, לבין ענישה צבאית, התלויה ברצון הטוב של המפקד, ביחס שלו אל הנושא ואל החייל. . . אין הדין המשמעתי בעל משמעות כמו הדין הפלילי. נוצרת תחושה של אפליה גם מבחינת יישום החוק. כל עוד אין נורמה מסודרת, תלויה האכיפה בגישתו של כל מפקד, דבר הפוגע בעקרון השוויון.

4. מסקנות

מצב זיהום הים בעולם מהווה בעיה אקוטית ודוחקת. חרף שיפורים נקודתיים, מצב הזיהום הנגרם מחומרים שונים גורם לנזקים בתחומים שונים, אשר חלקם אף אינם ידועים, ומסכן הן מערכות אקולוגיות והן את בריאותו של האדם. בני האדם, בהכנס את המצב הבעייתי לו נקלעו עקב פיתוח התעשייה והטכנולוגיה, מיהרו למצוא כלים להתמודדות עם הבעיה בדמות כלים משפטיים. הכלים המשפטיים נחלקים לרמה הבין-לאומית וכוללים אמנות גלובאליות, המטפלות במסגרת הכללית של הנושא, אמנות אזוריות, הכוללות ייחוד ספציפי ואף חוקים לאומיים, התואמים למסגרת הבינלאומית, ומסדירים את הבעיות הספציפיות, תוך התייחסות לייחוד המצב באותה מדינה.

פעמים, קיימות התנגשויות בין אינטרסים שונים, אשר כולם רמי מעלה. האינטרס להגן על הסביבה ועל קיומו של האדם הינו ללא ספק נעלה וחשוב. אך על המדינות לחשוב גם על בטחונן הקיומי בעולם רווי מלחמות זה. מחד, צבאות המדינות הינם גורמים מזהמים משמעותיים. מאידך, הם האחראים על ביטחונן העכשווי של המדינות. על כן, ככל שדנים בתחולת נורמות סביבתיות על גורמים צבאיים אנו נתקלים בבעיה אשר נדרש לה פתרון.

בכל הנוגע לאמנות סביבתיות, התנגדותן המשמעותית של המדינות להחלת האמנות על צבאותיהן נבעה מחוסר הרצון לפיקוח מצד מדינות אחרות על כלי שייט צבאיים תוך

¹⁶⁹ Larry Koss, לעיל הערה 164.

הדגשת הסיכון הביטחוני שבכך. עם זאת, לבעיה זו פתרון ביניים – ניתן להחיל את הנורמות הבינלאומיות על הצבא, תוך השארת אפשרות הפיקוח והאכיפה בידי מדינת הדגל בלבד.

לאחר הבחינה במישור הבינלאומי עברנו לדיון בחוקי מדינת ישראל. גילינו, כי קיימות הצדקות רבות להחלת פקודת השמן על הצבא. שתי השאלות המקדמיות אשר נבחנו היו האם צה"ל תורם לזיהום הים בשמן והתשובה לכך התגלתה כחיובית. השאלה השנייה בדקה האם קיימת אכיפה מטעם המשרד לאיכות הסביבה, ככל הנוגע לחוקים החלים על הצבא. משעה שעמדנו על כך שצה"ל הינו מזהם משמעותי של מי הים בשמן וכן שקיימת אכיפה יעילה בכל הנוגע לחוקים אחרים החלים על הצבא (דוגמת חוק מקורות יבשתיים), לא נותר אלא להגיע למסקנה, כי יש להחיל את פקודת השמן על הצבא. מסקנה זו נבעה מנימוקים כגון השלכות של החלת החוק על תפקוד כלי השייט הצבאיים והקשר בין האינטרס הביטחוני לבין האינטרס הסביבתי. התשובה לשאלות אלו הובילה למסקנה, כי קיים קשר הדוק בין השמירה על האינטרס הצבאי לבין השמירה על האינטרס הסביבתי. בנוסף, נראה כי החלת פקודת השמן לא תגרום נזק לכלי השייט הצבאיים. לבסוף, התפנינו לשיקולים נוספים המצדיקים את החלת פקודת השמן על הצבא, כגון אפקט הדוגמא האישית ואי הפליה בין הגוף הצבאי לבין כלי שייט אחרים, וכן הבעייתיות באכיפה ככל שהדבר מושאר רק בידי גורמים צבאיים. בחינת כל השיקולים מוליכה למסקנה, כי אין סיבה שלא להחיל את פקודת השמן עצמה, ככל הנוגע לתחולתה במים הטריטוריאליים של מדינת ישראל, על הצבא. לגבי שאלת החלת תקנות יישום האמנה על הצבא, יש לבחון את ההשלכות של ההחלה על תפקוד כלי השייט הצבאיים. ככל הנראה, הן בהתאם להתנהגות חיל-הים הישראלי והן בהתאם לתוכנית האמריקאית להתקנת מתקנים מפחיתי זיהום, אין נראית סיבה של ממש המונעת החלת תקנות השמן מכוח פקודת השמן על צה"ל. נהפוך הוא. . .

יובל למשפט הצבאי

כנס שנערך בתאריך 12/10/99
במכון הישראלי לדמוקרטיה*

מושב פתיחה

דברי פתיחה: ד"ר אריה כרמון, נשיא המכון הישראלי לדמוקרטיה; רב-אלוף שאול מופז, ראש המטה הכללי; תא"ל אורי שהם, הפרקליט הצבאי הראשי; השופט מאיר שמגר.

ד"ר אריה כרמון:

אני רוצה לברך את כל הנוכחים בשם המכון הישראלי לדמוקרטיה. כבוד גדול הוא לנו שנפל בחלקנו לארח את הכינוס, במלאת חמישים שנה לפרקליטות הצבאית הראשית. במכון זה, הסוגיה של היחס בין הצבא והחברה עומדת כאחד המוקדים של החשיבה והדיון שלנו. אנו עוסקים בהיבטים שונים של הדמוקרטיה ונוגעים באופן מוחשי כמעט בסוגיות ובבעיות כבדות וקשות, שהן תולדה של שני דברים: האחד, היות הדמוקרטיה הישראלית עדיין משטר בהתהוות, אשר עדיין קיימים בו הרבה מאוד אלמנטים פגיעים; והשני, השתנות החברה בקצב מהיר מאוד. אם הדברים נכונים לגבי ארבעים שנה עד לשנות התשעים, הרי שהעשור האחרון, שמסתיים השנה, האיץ עוד יותר את תהליכי השינוי והדינמיקה בתוך הרבדים החברתיים בחברה הישראלית. המתח שנוצר, כתוצאה מכך, בין המבנים הפגיעים של החברה הישראלית לבין השינויים המהירים מאוד בחברה, מקריין, ללא ספק, על כל היבט של המשטר במדינת ישראל, ובצורה מאוד מאסיבית על היחסים שבין צבא וחברה. יחסים אלה בסוף שנות התשעים לא דומים למה שהיה לפני עשר שנים ולבטח לא למה שהיה לפני עשרים ושלושים שנה. זהו ההקשר בו הייתי מציע לעגן את הדיון היום, שהוא עתיד בסוגיות ובנושאים.

* מרכז אקדמי של כנס זה - פרופ' מרדכי קרמניצר.
המערכת מודה למכון הישראלי לדמוקרטיה על שיתוף הפעולה.

רב-אלוף שאול מופז:

אני מתכבד לקחת חלק בכינוס זה, לברך ולהוקיר אתכם, העוסקים בעשייה המשפטית על צדדיה השונים.

סמלי הדבר בעיני, כי שנת היובל למשפט הצבאי מתרחשת בשנת המשפט בישראל. צה"ל, כצבא העם, משקף את החברה הישראלית על השינויים והתהפוכות שהתרחשו בה בחמישים שנות המדינה. גם במשפט הצבאי חלו תמורות משמעותיות ובייחוד בתחום כבוד החייל וזכויותיו, בעקבות המהפכה החוקתית שחלה במערכת המשפט האזרחית. כמפקד וכרמטכ"ל, אני מעריך את הצורך בקיומה של מערכת משפטית צבאית אשר עליה יכולים מפקדי צה"ל לסמוך להבטחת עשיית צדק לחייל כפרט ולשימור הסדר והמשפט בתוך המערכת הצבאית.

כארגון הגדול במדינה, לא יוכל צה"ל לפעול ללא מערכת משפט צבאית זמינה ונטולת נטיות, אשר מבינה את הייחודיות שבסביבת הפעולה הצבאית בד בבד עם הפעלת מערכת עקרונות משפטיים.

הפרקליטות הצבאית מסייעת לגורמי צה"ל במילוי משימותיהם, בין היתר, על ידי יעוץ והדרכה משפטיים, קיום מנגנון של תביעה וסנגוריה צבאית ומילוי תפקידים משפטיים מיוחדים, כגון סיוע משפטי בניהול הליך מדיני מול שכנו. העבודה נעשית במסגרת הפרקליטות ראויה לכל שבח ונעשית במסירות ובמקצועיות.

לפני כשלוש שנים הוקם בצה"ל בית הספר למשפט הצבאי. בית הספר פועל להטמעת עקרונות המשפט הצבאי, זכויותיהם וחובותיהם של חיילי צה"ל בכלל, וזכויותיהם במסגרת הדין המשמעתי בפרט. בית הספר מסייע גם לדרג הפיקודי בנושאי חוק ומשפט. היחודיות של בית הספר הינה בתרומתו לעידוד ההכרות ההדדית ולשיתוף הפעולה בין קציני המשפטים של הפרקליטות לבין מפקדי צה"ל וחייליו. בית הספר נועד להשתלמויות וימי עיון ומוביל פרויקט להכרת צה"ל במסגרת קורס קציני המשפטים.

המהפכה החוקתית ולימוד חוקי היסוד בנושא זכויות האדם יצרו מצבים חדשים ועוררו שאלות שהינן לחם חוקו היום-יומי של הצבא. שימוש בשררה על ידי מפקדים עד כדי התעללות בחיילים, הטרדות מיניות ואי מילוי פקודות הצבא - מקומם לא יכירנו בצה"ל. בהתמודדות עם עניינים כגון אלו ובהתאמת חובות הצבא למציאות המשתנה, מחזקת הפרקליטות הצבאית את חוסנו המוסרי של צה"ל.

כמפקדו של צה"ל, אני רואה את כבוד האדם וזכויותיו באשר הוא אדם כערך עליון. אני פועל למען הטמעת ערך זה בקרב חיילי צה"ל ומפקדיו. לפרקליטות הצבאית חלק חשוב בעשייה זו.

אין אני רואה כל סתירה באפשרות לקיים בצה"ל משמעת לצד שמירה על כבודם של חיילי צה"ל. מפקדי צה"ל נדרשים לממש אחריותם וסמכותם ולנקוט בפעולה הנדרשת

למניעת פגיעה בכבוד החייל ובהוראות הצבא עוד בטרם העברת הטיפול בסוגיה לפרקליט צבאי.

הזירה המשפטית היא זירתם של הגורמים המשפטיים, אולם אין בכך כדי לגרוע מסמכותו של המפקד, עוד בטרם נפתחו הליכי חקירה או במהלכם, לנקוט בצעדים הטיפוליים אשר בידיו.

רק מערכת משפט אשר רואה מולה את צרכיו היחודיים של הצבא, בו הקפדה על המשמעת מהווה הכרח חיוני במוכנות הצבא ותפקודו השוטף, ובמקביל מקפידה על זכויות חייל כאדם, כמרכיב מהותי של מערכת צבאית זו, יכולה לסייע לצה"ל בהגשמת מטרותיו: הגנת מדינת ישראל ושמירה על ביטחונם של אזרחיה.

אני רואה קו מאוד מאוד ברור בין חובתנו לשמור על כבודו של החייל כאדם באשר הוא אדם לבין חובתנו להכשירו למלחמה. לדעתי, אין שום סתירה בין השניים. אפשר לאמן חיילים קשה מאוד, אפשר לדרוש מהם את המירב והמיטב, אך בו בזמן לשמור על כבודם כבני אדם וכחיילים, שכן המרכיב האנושי ורמת המוטיבציה של חיילי צה"ל בתוך שורות הצבא, הם מקור עוצמתו של צה"ל.

אני מדגיש זאת, כי לא אחת נתקלתי במהלך פעילויות צבאיות שונות, במצבים שבהם, לעתים, דווקא דרג הפיקוד הזוטר, המצוי במעבר בין המצב של חייל לבין קבלת התפקיד הפיקודי הראשון והיכולת לפקד על חיילים, אינו יודע להעביר את הקו המפריד בין הדרישה מחייליו להתכוננות ואימונים מירביים, לבין היכולת, הכישורים וההדרכה שניתנת על מנת לשמור על כבודם של החיילים.

אני סבור, כי עלינו לנקוט בשורה של צעדים, ביניהם גם חינוך, הדרכה והטמעה בבתי הספר החיצוניים של צה"ל, על מנת שכבוד האדם והיחס לחיילים יישמרו במלוא משמעות המילה. בד בבד, יש לחנך את האנשים שלנו לדרוש להגיע להישגים מירביים על מנת להוכיח את יכולתם ביום פקודה, לכשידרשו לכך.

מקובל עלי מה שנאמר כאן קודם, לגבי השינויים שחלו בחברה הישראלית וכל הסוגיות שנובעות ביחסי צבא חברה. אנו עוסקים בכך היום בצה"ל בצורה מאוד אינטנסיבית. קיימת שורה ארוכה מאוד של נושאים הקשורים במתחים שבין צה"ל לחברה הישראלית. הכדור הוא בידי צה"ל ואנחנו צריכים להתאים את עצמנו לחברה הישראלית ולשינויים שחלו בה, החל מהיחס ומהרגישות למשפחות השכולות, דרך הרצון שלנו לשמור על כבוד החייל, וכלה בפתיחות שלנו לתקשורת. אני טוען שאין לנו מה להסתיר מהתקשורת. יש לנו צבא מצויין. אם התקשורת חושפת ליקויים בתוך צה"ל, חובה עלינו לתקן אותם - גם אם הם נחשפו על ידי התקשורת ולא רק על ידי הצבא.

אנשי המילואים של צה"ל, ובעיקר המפקדים, מקדישים מיטב ימיהם לשירות בצה"ל. יש לנו מפקדים בקרב אנשי המילואים, שעושים מעבר לנדרש על פי החוק, 80-100 ימי מילואים בשנה. יש לזכור, כי מפקדים אלה הם בדרך כלל גם אנשים מצליחים מאוד

בשוק האזרחי, וחלקם בעלי משרדים. מחצית מהזמן הם עוסקים בעיסוק האזרחי ובמחצית השניה של הזמן הם משרתים ביחידה הצבאית.

באשר למעמד הנשים בצה"ל, לדעתי, יש לפתוח את הדלת באופן רחב מאוד למגוון תפקידים רחב לנשים בצבא, כולל הקצונה הבכירה בצה"ל. כל מערכת היחסים של צה"ל עם החברה בישראל היא מהלך ותהליך בו עלינו להתאים את עצמנו לנעשה בחברה הישראלית, ולא איזשהו מהלך חד פעמי שבו נוכל לפתור את הבעיות שעולות וצצות.

לדעתי, למפגש זה יש ערך רב מאוד. אנו נמשיך את המסורת הזאת גם הלאה על ציר הזמן בחודשים ובשנים הקרובות, על מנת להדק את הקשר בין צה"ל לבין החברה בישראל, כי צה"ל הוא צבא העם, הוא בא מהעם והוא חוזר אל העם. כולנו בסופו של דבר חוזרים לעם, אנחנו חיים בתוך העם ולכן הקשר הזה בעיני הוא קשר חשוב מאוד, כל ינותק וראוי לחזק אותו, להיות עם האצבע על הדופק ולהתאים את צה"ל למציאות המשתנה בחברה הישראלית, על מנת שנוזכה לאמונו של הציבור בישראל בצה"ל.

בעיני, האמון של הציבור בישראל במפקדי צה"ל ובחייליו הוא נושא חשוב ממדרגה ראשונה. עלינו לעשות הכל על מנת לזכות באמון זה. כידוע, צה"ל, כארגון הגדול ביותר במדינה, זוכה לאמון גדול מצד הציבור בישראל ועלינו לעשות כל מאמץ על מנת לשמור על האמון הזה לעתיד לבוא, כי בסופו של דבר, צה"ל הוא צבא העם והוא מופקד על אחד מהתחומים החיוניים ביותר לקיומה של מדינת ישראל ולביטחונה של ישראל.

תא"ל אורי שהם:

כפי שאמר הרמטכ"ל, זו בהחלט הזדמנות טובה מאוד לבחון את הדברים מקרוב, לשבת בניחותא שלא במסגרת הפעילות היום-יומית השוטפת והמעיקה ולדון בדברים שעומדים ברומו של עולם, לפחות בסוגיה שעומדת על הפרק לפנינו, דהיינו: המשפט הצבאי ומקומו בצה"ל.

מבחינתי, זו הזדמנות נדירה לערוך חשבון נפש ככל שהדבר נוגע למשפט הצבאי. בימים אלה אני משלים תקופת כהונה של למעלה מארבע שנים כפרקליט צבאי ראשי והדבר מאפשר לי נקודת התבוננות מיוחדת על המערכת המשפטית בצה"ל. אמנם שרתתי קודם בתפקידים שונים בפרקליטות הצבאית, אבל בוודאי כפצ"ר אפשר להתבונן על דברים מנקודת מבט אחרת.

קיומה של מערכת משפטית (כוונתי בעיקר למערכת השפיטה הצבאית- תביעה, סנגוריה וכו', ופחות למערכת היעוצית) בתוך ארגון צבאי איננה הכרח המציאות.

לפני כחודשיים, סירנו האלוף אילן שיף ואנוכי בשתי מדינות, שבהן השפיטה הצבאית הפלילית וכן מערכות התביעה וההגנה מצויות באחריות או בפיקוח אזרחי. מסתבר, שיש

מידה רבה של שביעות רצון מהמציאות הזאת. באחת המדינות – שבדיה – גם מערכת היעוץ המשפטי לגורמי הצבא מתקיימת על ידי אזרחים ולא על ידי לובשי מדים. הגורמים עימם נפגשנו אישרו כי הם מרוצים מאוד מהשיטה, ואינם מרגישים צורך לשנות אותה. כיוון השינוי, אם בכלל, הינו של יתר "הפרטה" של מערכות המשפט והשיפוט הצבאיות ולא בכיוון ההפוך. לפיכך, נשאלת השאלה, מדוע כלל יש צורך בקיומן של מערכות שפיטה ושל פרקליטות מאוישות על ידי לובשי מדים? מדוע יש מקום לקיומם של הליכים פנימיים, כולל הליכי החקירה, בתוך המסגרת הצבאית?

כיום – יובל לאחר קום מדינת ישראל, צה"ל והפרקליטות הצבאית – התשובה לכך איננה פשוטה כלל ועיקר, וזאת לנוכח המציאות, בה אנחנו רואים שהמערכת המשפטית הצבאית עשויה להיות מותקפת ומבוקרת על ידי כלל הגורמים הנוגעים בדבר, ביחד או לחוד.

מאז ומתמיד קיים מתח בלתי מבוטל בין הדרג הפיקודי לדרג המשפטי. לא תמיד יש תמימות דעים לגבי צעדים מסויימים שנקטים על ידי הפרקליטות הצבאית, בעיקר כשמדובר בתאונות באימונים ובפעילות מבצעית, והדברים עשויים להגיע גם אל בעלי דרגות בכירות. לדעתי, מתח זה הינו מתח חיוני וחשוב שבלעדיו שתי המערכות אינן יכולות לדור בכפיפה אחת ובהחלט אינני רואה את זה לשלילה.

האמרה הנשמעת לעיתים לא רחוקות כי יש צורך בעורך דין צמוד לכל מפקד, גם אם אין לה כל בסיס ושחרר במציאות, מבטאת בהחלט הלך רוח מסוים בקרב שדרת הפיקוד של צה"ל. לעתים, ניתן להצביע על חשדנות הנעוצה בחשש, כביכול, לדחיקת רגליהם של המפקדים.

מנגד, אנו בהחלט עדים לטענות של גורמים מחוץ לצבא באשר לחוסר עצמאותם של המשפטנים לובשי המדים, חוסר נחישותם להתמודד עם תופעות חמורות בצבא, הקלת יתר עם מפקדים בכירים. הטענה שנשמעת לעתים די קרובות, היא כי אין הצבא יכול לחקור ולשפוט את עצמו.

גם כאן, לטעמי, אין ממש רב במרבית הטענות, אך קיים קושי לשכנע את הציבור הרחב, שאיננו מודע לעובדות ולפרטים הקטנים, שהדברים אכן נעשים בצורה ראויה, אובייקטיבית או מקצועית. התקשורת מפרסמת לעתים דברים בהתאם לצד שמזין אותה ובהתאם לאינטרסים שונים.

רק לשם הדוגמא, בעיתון מסויים פורסמו שתי כתבות. באחת נטען, כי הפרקליטות הצבאית, שלא כפרקליטות האזרחית, איננה עצמאית, היא עושה את דברו של הדרג הפיקודי, איננה יכולה לקבל החלטות מאוזנות, אובייקטיביות או מקצועיות. לעומת זאת, פורסמה כתבה אחרת **באותו העיתון**, תחת הכותרת: **"הגולם קם על יוצרו"**. דהיינו, הייתה ציפייה שהמערכת המשפטית תעשה את דברו של הדרג הפיקודי והנה הגולם קם על יוצרו, המערכת התנערה, היא שוקלת שיקולים עצמאיים, מקבלת החלטות לא פופולאריות, בעוד שלא זאת הייתה הכוונה.

ברור ששתי התיזות האלו אינן יכולות לדור בכפיפה אחת, אך הדבר משקף בהחלט את כיווני החשיבה האפשריים: מחד, המערכת לא עצמאית ולא מתפקדת כמערכת משפטית רגילה, ומאידך, מביעים פליאה מדוע המערכת הזו מקבלת החלטות עצמאיות, לא תמיד בהתאם להשקפותיו של הדרג הפיקודי.

לטעמי, המערכת המשפטית, שעליה מוטלת חובת הוכחה תמידית, צריכה להוכיח לכל הגורמים, שהיא אכן מקצועית, חסרת פניות, עצמאית, מקבלת את ההחלטות הנכונות והראויות. אינני מעלה על דעתי, שמערכת אזרחית תהיה מותקפת בצורה כזו, גם אם לפעמים טוענים לקבלת החלטה שגויה, במקרה זה או אחר. זו האחרונה אינה צריכה להוכיח ללא הפסק את התנאים המקדמיים לתפקודה.

המערכת המשפטית הצבאית משמשת לעיתים גם כשק חבטות לכל הצדדים שיש להם אינטרסים שונים כאלה ואחרים. כידוע, לעתים די קרובות מגיעים עניינים שעברו דרך מערכת זו להכרעתו של בית המשפט העליון, שפתח את שעריו לטענות העותרים לפיהן קופחו זכויותיהם, גם אם המדובר בפעילות צבאית.

על רקע זה, חוזרת ומתחדדת השאלה: על שום מה יש צורך במערכת משפטית צבאית בתוך צה"ל, הארגון הגדול ביותר במדינה?

כשבודקים את הספרות בעניין זה, הן בישראל והן במדינות אחרות (ובעיקר בארה"ב), הועלו טיעונים שונים להצדקת קיומה של מערכת משפטית, ובעיקר תביעה ושפיטה צבאית, בתוך המסגרת הצבאית. מערכת משפטית צבאית מאפשרת גמישות, הן מבחינה גיאוגרפית והן מבחינת הצרכים המיוחדים לצבא. המערכת יכולה להתפרס ולתת מענה לצרכים בתקופות ובעיתות שונות. כן, מושגת גמישות בתכנון הזמן, תוך התחשבות בבתי הדין הצבאיים. בנוסף, מתאפשרים שמירה וניצול טוב יותר של משאבי כוח האדם או עבודה צבאית (בניגוד לחיילים שנשפטים במערכת האזרחית והם, מטבע הדברים, יוצאים מתוך המערכת הצבאית ואינם יכולים לעסוק או לפעול בתוכה). כמו כן, מתאפשר שיפוט במקומות מרוחקים מחוץ לטריטוריה אם יש צורך בכך. יתר על כן, מתאפשר תפקוד יעיל גם במצבי שגרה וגם במצבי חירום, שכן אם עוברים למצבי חירום במלחמה, המערכת צריכה להשתנות ולפעול בהתאם - מה שהמערכת האזרחית איננה יכולה לעשות. מהירות ויעילות הדין, דברים חשובים ביותר, מתקיימים באופן ברור במערכת המשפטית הצבאית.

בנוסף, הפונקציה או התפקיד של השפיטה הצבאית שונה במידה מסוימת מהפונקציה או מהתפקיד של השפיטה האזרחית. בשפיטה הצבאית צריך לתת ביטוי לאינטרסים לגיטימיים של החייל כפרט, וזאת לצד הפעלות אמות מידה משפטיות ברורות להשלטת המשמעת והסדר הטוב של הצבא.

ניתן לראות זאת בעיקר בארה"ב, שם הגנרלים, השופטים הצבאיים והפרקליטים הצבאיים הראשיים מדגישים את התרומה הרבה להשלטת המשמעת והסדר הטוב בצבא. בארה"ב מציינים את נושא מומחיות השופטים, התובעים, הסניגורים ועורכי הדין הצבאיים, שהם ערובה לשילוב בין התשתית המשפטית והנורמות המשפטיות הרגילות

לבין הבנת המערכת הערכית של הצבא והסביבה שבה היא מתקיימת. מדגישים את אופייה של המערכת הצבאית, שמכתיבה היכרות עם מערכת נורמטיבית שונה, בעלת מגוון איסורים וצווים עשה, שאינם קיימים ומקובלים במסגרת האזרחית. גם כאן אנחנו חיים על פי פקודות ונורמות אחרות מאשר באזרחות, ומזכירים את הפן החינוכי והמוסרי של השפיטה הצבאית כלפי הצבא, הדרג הפיקודי, הנאשמים והעדים. כשמתקיימת השפיטה הצבאית ברור שיש לזה תועלת גם מהבחינה הזאת.

יש לקשור את סוגיית קיומה של המערכת המשפטית הצבאית בתוך המסגרת הצבאית לנתונים המיוחדים למדינת ישראל. גם היום, בתום למעלה מ-51 שנים לעצמאותנו, מדינת ישראל נתונה לאיומים בלתי פוסקים, לעתים על בטחונה, לעתים על עצם קיומה, ועדיין הצבא הוא הזרוע המרכזית בה. לדעתי, במדינה כזו ובצבא כזה יהיה צורך במערכת משפטית מקצועית, אמינה, עצמאית, שמצד אחד תסייע לצבא במילוי משימותיו במסגרת החוק, מצד שני תשמש כלב שמירה על שלטון החוק, כיבוד זכויותיו וכבודו של החייל בצה"ל.

לדעתי, רק מערכת משפטית בתוך הצבא עשויה או צריכה לגלות הבנה לצרכיו של הצבא, אך בה בעת לוודא שנשמרים בקפידה הנורמות והערכים המיוחדים לצבא במדינה דמוקרטית.

נדרש איזון מאוד עדין, וקשה לקיימו בשעה שהמערכות המשפטיות פועלות מחוץ למסגרת הצבאית. הדברים נכונים לא רק לגבי מערכת השפיטה או התביעה, אלא גם לגבי מערכת החקירה, שגם היא צריכה להיות בתוך הצבא.

אני סבור שעדיין לא הגענו אל המנוחה ואל הנחלה. לא הגענו למצב שבו אנו יכולים להרשות לעצמנו שהמערכות של החקירה, התביעה והשפיטה יפעלו מחוץ למסגרת הצבאית, אלא הן צריכות להיות משולבות בתוך המסגרת הזו, לפעול בצוותא ולהקפיד הן על שלטון החוק וזכויותיו של החייל, והן על האינטרסים הצבאיים ועל יכולתו של הצבא לבצע את משימותיו.

ניתן לקבל או לדחות טיעונים אלה, כולם וחלקם, אך נדמה לי כי דבר אחד איננו נתון לויכוח והוא שכל עוד פועלת מערכת משפטית בתוך המסגרת הצבאית עליה להיות עצמאית בשיקוליה, מקצועית בתחומי פעילותה, רגישה וקשובה לסביבה שבה היא פועלת ואמונה על שמירת שלטון החוק ועל דאגה לזכויותיו של הפרט, גם אם הינו לובש מדים.

נשיא בימ"ע (בדימ') מאיר שמגר:

השיפוט הצבאי קם וצמח יחד עם מדינת ישראל, בתקופה בה מדינת ישראל הייתה נתונה במצב מלחמה. אין ספק שהשיפוט הצבאי, החל מהרגע הראשון, לבש אצלנו לבוש מיוחד, המותאם לעובדה שהוא נועד לשרת מדינה שנמצאת במצב מלחמה. גם חוקים

צבאיים אחרים, אף אלה אשר מדגישים את היסוד האזרחי, מבחינים בין תקופת לחימה לתקופת רגיעה. מדינה הנמצאת ברגיעה טוטלית - קל יותר להתהוות בה, בפרוטרוט אולם בתחימה הדרושה, את דפוסי השיפוט הצבאי.

כל נושא משפטי מהנושאים שאנו דנים בו כאן, חייב להיבדק תקופתית מחדש, כי הנסיבות והתנאים משתנים, ומה שהיה טוב בחודש מאי 1948 איננו בהכרח טוב בערב המילניום החדש. למרות תקופת המלחמה ששררה עת נולד השיפוט הצבאי, הדור הראשון לא קיבל על עצמו אותן הגבלות, אשר ידועות בהסטוריה של השיפוט הצבאי של צבאות אחרים, הבאות לצמצם עד למינימום את השפעתו של החוק על מה שנעשה בצבא. יש לציין זאת, לשבחם של אלה שייצגו את השיפוט הצבאי אז והם עו"ד נחום חת ועו"ד גורלי. דור הראשונים, כלל רבים שלאחר מכן שירתו במערכות המשפט השונות (כמו למשל השופט זוסמן, שהיה אז בין היועצים בפרקליטות הראשית). מעולם לא אמרנו, כי השיפוט הצבאי יחסו בהשוואה לשיפוט הרגיל כיחס המוסיקה בכללותה (דברי קלמנו) וכי כמאמר הרומאים בתקופת מלחמה אין שמים לב לחוק ושולט אך ורק הצורך לפתור את הבעיות הצבאיות (החוקים השותקים). ב- 1948 היה השיפוט הצבאי בצורות שונות: כאשר קמו בתי הדין הצבאיים על פי חוקת השיפוט תש"ח, פעלו גם בתי- משפט צבאיים על פי תקנות ההגנה, והיה שיפוט צבאי בשטחי ממשל צבאי. נוסף לכך, היו תקנות שעת חירום למניעת טרור (שאחר כך הפכו לפקודה למניעת טרור). אגב, יכול היה לעלות חשש סביר לערוב תחומי שפוט צבאי לצורותיו.

כאמור, השיפוט הצבאי כונן לראשונה בחוקת השיפוט, תש"ח אשר צמחה מחוקת ההגנה. גם במסגרת ארגון ההגנה, הופעלה החוקה בצורתה זו, במשך תקופה קצרה מאוד (החוקה הופעלה רק בחודש מאי 48). החוקה הופעלה ללא הוראה מסמיכה על-פי החוק הישראלי הרגיל. רק בספטמבר 1948 הותקנו תקנות שעת חירום (חוקת השיפוט תש"ח) אשר נתנו לה תוקף של תקנות שעת חירום, על פי פקודת הסדרי השלטון והמשפט, תש"ח - 1948.

חוקה ראשונית זו, שהופעלה בצורתה המקורית רק תקופה קצרה יחסית (עד 1.1.56), מאופיינת בכך שהיא היתה בנויה לראשונה על תפיסות יסוד השונות מתפיסות יסוד ששררו לאחר מכן ועד לימים האלה מבחינת מבנה מערכת השיפוט צבאית.

היתה השפעה של אלמנטים קונטיננטליים. כך לדוגמא, היה מעמד-על לתובע הצבאי כחוקר, וכבעל סמכויות מעצר. אולם לאחר זמן קצר הדבר הזה בוטל.

אני חושב שהאלמנט שעובר כחוט השני מאז ועד עתה הוא במידה לא מעטה על המסורת המשפטית האנגלו-סכסית, כביטויה בעיקר באנגליה, ובחוק הצבאי האמריקאי. היינו, שפיטה אשר היסודות שלה, עליהם אעמוד מיד, הם יסודות של שיטת המשפט האנגלו-

אמריקאית, המשתדלת להפריד בין גורמים משפטיים המיצגים את הרשות המבצעת לבין גורמים שופטים מפעילה את דיני הראיות הרגילים, בנויה על הנחת חפות ומטילה את חובת ההוכחה על התביעה.

כשעוסקים היום ביוכל למשפט הצבאי אין לשכוח את הדברים הטובים. השיפוט הצבאי הישראלי, למרות שנוצר שאמור מתוך חוקה שנכתבה בתנאים של קדם מדינה ולמרות שאנשים לא היו מנוסים בהפעלת שיפוט בתוך מסגרת צבאית מאורגנת, היו בו כבר אז אלמנטים, לפני כל מערכות השיפוט הצבאיות במדינות אחרות, המוכרות לנו כיום במדינות מתוקנות.

טלו דוגמאות מעטות: השיפוט הצבאי שלנו קבע מהרגע הראשון שתהיה ערכאת ערעור (נושא שהונהג למשל באנגליה רק בשנת 51, ורק לאחר מכן בחוק הצבאי האמריקאי) משמע מהרגע הראשון שנוצרה מסגרת משפטית, ראו מקום להקים אינסטנציה אשר לפנייה יכולים לפרוס את ההשגות על תוצאות המשפט בערכאה הראשונה. יש לכך חשיבות רבה מאוד, הייתי אומר חשיבות כפולה ומכופלת, בשיפוט צבאי שבו, בגלל נסיבות אובייקטיביות, חופש הפעולה של חייל נאשם מוגבל יותר מאשר חופש הפעולה של אזרח במסגרת שאיננה צבאית.

דוגמה שנייה: השיפוט הצבאי קבע מהרגע הראשון סנגוריה של משפטנים העומדת לרשות הנאשם ללא תשלום. הסנגוריה הוקמה על פי חוקת השיפוט תש"ח. דבר שבשיטה האנגלית ובשיטה האמריקאית היה קיים רק באופן מאוד בלתי מקצועי, שכן השיטה הרגילה שהיתה מקובלת בצבאות אלה היתה שמישהו מקציני היחידה נחלץ להגן על הנאשם. אם הוא במקרה משפטן, זה היה מזלו של הנאשם. ברוב המקרים זה לא קרה כך, ולכן היה צריך להישען על כושר טיעון וכושר הופעה של אדם אשר לא דווקא מנוסה בהתנסות מסוג זה. אצלנו היתה סנגוריה צבאית מקצועית מהרגע הראשון, שחייל יכול היה לבקש אותה. ללא ספק זה משפיע על נושאים אשר עולים גם היום, היינו הגנת זכויותיו של הפרט היחיד בהתמודדות עם המסגרת הצבאית.

דוגמה שלישית: תקנה 103 לתקנות שעת חירום (חוקת השיפוט תש"ח), קבעה אפשרות של הטלת עונש על תנאי, לפני שהחקיקה הישראלית האזרחית קבעה את האפשרות הזו. זאת אומרת, השיפוט הצבאי היה חלוץ שקדם בכך לדרכי הענישה האזרחיות.

לפי תפיסות היסוד שהיו אז, יש במסגרת הצבאית גורם משפטי מקצועי, אשר מלווה את הפעולות המשפטיות בצבא מהשלב הראשון בו מתגלה העבירה. קיימת מערכת משפטית מקצועית העומדת לעזרתו של המפקד, כאשר המפקד מעורב בצורה זו או אחרת בהליכים האלה. זה נושא שבודאי נדון בו היום, כדי לבחון באיזה מידה הדבר הזה הוכיח את עצמו.

אלמנט נוסף הוא שילוב של איש המקצוע המשפטי לתוך השרות הצבאי, להבדיל מיועץ משפטי על ידי גורם חיצוני. אלמנט זה ישליך על הדיון ללא ספק, גם בהמשך הדברים, כאשר נבחן את ההצדקה להמשך קיומן של צורות מבנה מסוימות בשיפוט הצבאי עד ימינו אלה. כאשר חוקת השיפוט נוצרה, הגורם המפקח על המשפט בצבא היה בית הדין הצבאי העליון. גוף זה היה מורכב מנשיא שאיננו משפטן ולצדו שני סגנים משפטיים. הוא הופקד על פי מצוות חוקת השיפוט תש"ח על הפיקוח על המנגנון המשפטי בצבא, כולל כמובן התובעים והסניגורים ובידיו היתה הפרשנות המוסמכת של החוקה, גם שלא במסגרת דיון בתיק מסוים. פרקליט צבאי עוד לא היה קיים אז.

בעקבות הצעת חוק השיפוט הצבאי מ-49, אותה גיבש וניסח עו"ד אהרן חוטר ישי, הפצ"ר דאז, הוכנה ב-1954 הצעת חוק שיפוט צבאי, כחוק המקיף ביותר בישראל (למעלה מ-500 סעיפים). הוא מלווה אותנו על תיקונו עד לימים אלה. כאשר החוק נכנס לתוקף ב-1 לינואר 56, חל שינוי במרכז הכובד. מרכז הכובד עבר לפרקליט הצבאי הראשי, אשר הוא מופקד, בין היתר, במסגרת תפקידיו על הפיקוח על השלטת המשפט בצבא, היינו לא רק על הפקוד על המנגנון המשפטי הצבאי, הפרקליטים התובעים והסניגורים.

השאלה אשר עומדת היום בפני מערכת המשפט הצבאית היא האם זו שיטה שתימשך. הכוונה היא לא אם היא תימשך בחודשים או בשנה הקרובה, אלא אם היא תימשך כשיחול שינוי במצב וישראל תהיה במצב רגיעה, כפי שאנחנו מקווים. הרי יהיו גם אז לפחות 29 בתי משפט שלום הפרושים על פני כל הארץ. זאת אומרת, שגם מי שישירת בגבול הצפוני יוכל להיות מובא לדין בצפת או בנהריה, כי זה לא רחוק יותר מאשר בית הדין הצבאי בחיפה, אלא קרוב יותר.

שאלה שניה אשר נצטרך לדון בה היא, האם יש ממשות, פרט לתיאוריה, לאחריות המפקדים בנושא משפט. שכן, כאשר נכתבה חוקת השיפוט תש"ח ראו את מרכז הכובד במפקד, אשר ממנו צומחת כל הפעולה המשפטית. מאז זרמו מים רבים. זרימת המים החלה מיד לאחר שחוקת השיפוט נכנסה לתוקף: ראיתי את פסקי הדין הראשונים של בית הדין הצבאי הראשון, שהיו צריכים להתאשר על ידי הרמטכ"ל, אך הוא אצל את סמכויות האשור לקצין משפטן.

השיפוט הצבאי עבר שלבים מהותיים ביותר של התקדמות, היינו של הדגשת היסוד של עצמאות המערכת המשפטית. מבחינת חוקת השיפוט תש"ח, השופטים המקצועיים שישבו בתוך ההרכב, אותו מינתה הרשות המזמנת, אלוף הפיקוד, היו חיילים רגילים, שכפיפותם הפיקודית לא סויגה. בשלבים מתקדמים יותר, היה מעין מאבק על עצמאותה של מערכת השיפוט. אבל הלבוש הסופי ניתן בזמן שפורסם חוק השיפוט הצבאי, שיצר

הפרדה ארגונית מהותית, הפרדת רשויות בין השיפוט, בין השופטים הצבאיים, לבין הפרקליט, התובע והסניגור. זאת אומרת לראשונה נוצרה מערכת שיפוט צבאית עצמאית.

השלב השלישי הקובע בשנת 1977 יצר את צורת המינוי של השופטים הצבאיים: המינוי לא נעשה על ידי גורם פיקודי, אלא על ידי ועדה בלתי תלויה, באותה צורה שבה מתמנים השופטים האזרחים או בדיון רב יותר, בצורה דומה לכך.

שאלה נוספת נוגעת לעבירות שאינן צבאיות. זהו נושא שבהרבה מאוד צבאות מבחינים בו. אצלנו כידוע, בכפוף לסמכותו של היועץ המשפטי לממשלה, בית דין צבאי שופט גם על עבירות שאינן צבאיות. האם יש הצדקה לכך? או שמא המסגרת הצבאית צריכה להיות צרה יותר, נאמנה יותר לפונקציה שלה, השלטת המשמעת, היינו לרוב בעבירות הקשורות באופן מובהק לשירות הצבאי כגון סירוב לקיים פקודה, נטישת משמרת וכיוצ"ב. אגב, לא רק בסקנדינביה אלא גם בעוד ארצות באירופה, ההשפעה האזרחית על השיפוט הצבאי בטאה את הרצון להעביר את הנטל כולו לשופטים אזרחים רגילים. האם דרוש יהיה שבית דין צבאי בזמן רגיעה ואם יהיה קיים, האם ידון גם בעבירות שאינן צבאיות או שמא הוא יצטמצם רק לנושאים שיש להם סממן משמעותי.

לסיכום: אני סבור, שבמבט לאחור, השיפוט הצבאי מילא תפקיד, חשוב ביותר, ומועיל ביותר, במסגרת צה"ל, בכל הנוגע לגיבוש נורמות להשלטת החוק ולקביעת כללי התנהגות אשר יש בהם כדי לצמצם תקלות וליקויים. כמובן שאסור לנו ואל לנו אי פעם להתעלם מתקלות וליקויים שאין ספק שקיומם מוכח לנו מידי פעם. אך אין ספק שעד היום השילוב הזה של משפטים החיים במדים יחד עם המסגרת הצבאית, יצר דפוסים אשר הבטיחו במידה רבה יותר, מאשר בהרבה צבאות אחרים, את השפעת המשפט הנייטרלי, הבלתי תלוי, מעל ומעבר להתמודדות הישירה הבלעדית של מפקד, עם כל הכבוד לחשיבות מעמדו, עם בעיות משפטיות שהוא בדרך כלל לא מורגל בהן. השיפוט הצבאי והפרקליטות הצבאית הם היום, לאחר השנים המיוחדות והייחודיות שעברנו בהיסטוריה שלנו, אלמנט קובע, משפיע ומועיל בתוך המסגרת הצבאית.

אין זאת אומרת שההמשכיות מוצדקת, זה נושא שכדאי לבדוק אותו. אני רק רוצה שנתחיל את היום עם תחושה, שיוכל השנים שחלפו היו שנים שעזרו לצבא ולמדינה, היו מבורכות מבחינת הפעולה המשפטית של הצבא.

ד"ר אריה כרמון:

ברצוני רק להעיר הערה אחת מזווית הראיה של אזרח. השופט שמגר סקך אחורה ונשמעה פה נימה של השוואת המערכת המשפטית שלנו לצבאות אחרים. אסור לשכוח

שבאמת מנקודת מבטו של אזרח שעוסק בסוגיות ערכיות, שלכל המערכת המשפטית בצבא היו יד ורגל עמוקים מאוד בגיבוש נורמות של התנהגות מעבר לפונקציות השיפוטיות.

קשה למצוא השוואה, מציאות שדומה למציאות שאנחנו נמצאים בה מאז 67, שהצבא צריך לשאת תפקידים שמוגדרים בחוק הבין-לאומי או על פי החלטות פוליטיות תוך כדי ויכוח עמוק מאוד בחברה הישראלית. קשה שלא להזכיר בעיקר מספר שנים בתקופת האינתיפאדה שבה המערכת הצבאית הייתה צריכה להתמודד עם שאלות שהן הרבה מעבר לשאלות צבאיות, אלא להערכתך, הן נוגעות באמת למערכות חיים של נורמות וערכים.

מושב שני: התפתחות חוק השיפוט הצבאי

י"ר: נשיא בימ"ע (בדימ') מאיר שמגר
פותחים: צבי ענבר, היועץ המשפטי לכנסת;
תא"ל מנחם פינקלשטיין, משנה לנשיא בית הדין
הצבאי לערעורים.

נשיא בימ"ע (בדימ') מאיר שמגר:

נושאו של המושב הזה הוא ההתפתחות שחלה בשיפוט הצבאי. זהו דיון אשר פניו לעתיד. משמע, אין כוונה לסקור את ההתפתחות בעבר, אלא אנחנו מנסים להיות, במידה מסוימת, עתידנים תוך לימוד לקחים מן העבר.

המערכת הצבאית המשפטית הקיימת, מוכרת לנו. גם הפרובלמטיקה בפניה היא ניצבת בתקופתנו היא מוכרת. המדובר בתהליכים של דמוקרטיזציה, של אזרח ושל צמצום, ככל האפשר, של מערכות אוטונומיות ייחודיות. הכוונה היא ליצור שוויוניות, כלומר מבנה אשר בו אין הבדלים בין מה שצפוי לאזרח שעושה מעשה כלשהו, לבין אנשים במסגרת הצבאית שעושים אותו מעשה בנסיבות דומות. כמובן שלא צריך להיכנס לפרטים כדי לצייר את המסקנה שאותה מבקשים להסיק.

נקודה נוספת אשר עליה יש לתת את הדעת היא פעולתה של המערכת המסייעת אשר סביבה בנוי השיפוט, היינו, התביעה הצבאית, הסנגוריה הצבאית, ובראשן הפרקליטות הצבאית. אינני חושב שיש בעיות מיוחדות בקשר לרעיון של יעוץ משפטי למפקד. הרי כתוב בהגדרת תפקידיו של הפרקליט הצבאי הראשי, שהוא יועצו המשפטי של הרמטכ"ל. אינני חושב שזה מה שמפריע לאנשים שמחפשים את השוויוניות. הספקות העולים, מופנים בעיקר כלפי המערך הפלילי אשר בו, כפי שגם יוזכר כאן, יש התפתחות שונה בארצות אירופאיות אחדות, היינו יש העברה של סמכות השיפוט הפלילי לערכאות אזרחיות.

מול הבעיות האלה של יצירת השוויון, ניתן לומר, כי מה שנאמר לגבי הצדקת קיומם של בתי דין דיסציפלינרים ייחודיים, בדרך כלל חל ביתר שאת על המערכת הצבאית, אשר בעיותיה הן הרבה יותר ייחודיות מאשר, למשל, אלו אשר בהן מטפל בית הדין לעבודה.

בית הדין לעבודה, על פי מהות הנושאים שהוא עוסק בהם, יכול היה להשתלב על נקלה בבתי המשפט האזרחיים הרגילים. דרך אגב, זאת גם הייתה הדרישה של המערכת

השיפוטית האזרחית (הנשיא אגרנט) לפני שכווננו את בית הדין לעבודה. העמדה של הנשיא אגרנט הייתה שאין צורך בבית דין נפרד לענייני עבודה כי אפשר ליצור בתוך מסגרת בית המשפט המחוזי או בית משפט השלום מחלקה אשר תפתור את כל הבעיות החדשות שנועדו להיות בטפולו של בית הדין לעבודה, ואשר לא היו במסגרת סמכות השיפוט כאשר פעל בית הדין לביטוח לאומי שקדם לבית הדין לעבודה. הכוונה לסוגיות לסוגיהן של פיטורין ושל יחסי עבודה בצורה נרחבת, בעיקר בשאלות הכרוכות בהסדרים הקיבוציים שבתי המשפט יעסקו בהם. אין ספק שהשיפוט בנושאים אלה דורש, כאמור, גם כן מיומנות מיוחדת, אך זו יכולה היתה להתפתח גם בבית המשפט האזרחי הרגיל.

קיומם של השיפוט הצבאי והמערכת הארגונית שקיימת סביבו נובע מן ההכרה בכך שכאן אין המדובר על אנשים שבאים לטפל מידי פעם בפעם בבעיה הנוגעת למציאות הצבאית אלא באנשים שחיים את המציאות הזאת, הם חלק ממנה ולכן כשירים יותר מיומנים יותר ומאומנים יותר לטפל בנושאים האלה. אפשר להביא דוגמאות למכביר, והן משתרעות על כל תחום היעוץ המשפטי בצבא: אימונים ומבצעים, דיני המלחמה שדורשים הכשרה מיוחדת, לימוד מיוחד והכרת התנאים המיוחדים שבהם עבדו או עובדים צבאות אחרים, ונושא העבירות, שדנו בהם בדיון הקודם, היינו כל מה שקשור להתנהגות המגיעה עד כדי עבירה פלילית במסגרת הצבא ועקב השרות בצבא.

כל הנושאים האלה דורשים הכרה קרובה, חיים בתוך המסגרת הזאת, התפתחות יחד עם המסגרת ושותפות ביצירת הנהלים והכללים. דרך אגב, כאשר לריבוי הנהלים עליו דובר כאן, הייתי מצטרף לביקורת רק באופן חלקי. יש הרבה מאוד נושאים, שהם לקחים מן העבר, אשר אם לא תכלול אותם בתוך הנהלים, יצטרך כל גורם ללמוד בדרך הקשה מחדש איך להתעמת אתם. לדוגמא, כשאתה יוצא לאימון במקום שבו יש בורות, ואתה לא חושב על כך שצריך לקחת חבלים, או אם אתה קובע את בור המים כיעד לתרגיל התקפה, הרי מלמד הנוהל כי אתה צריך לקחת חבלים ולכסות אותו עם חוטי תיל. הנהלים באים לחשוף בהרבה צורות את ההתמודדות עם מצבים שאתה אינך יכול תמיד לצפות אותם מראש ברגע האחרון.

לא כן כאשר מדובר בנוהל בענין "חריגה מסמכות". חריגה אינה טענה רגולציה אלא איסור ובמידת הצורך סנקציה. הנוהל אינו מוסיף דבר.

כאמור, כאשר מדובר על מערכת שמשרתת מטרה מוגדרת, יש דברים נלווים, אשר זכו לביקורת בעבר. הוזכר העניין של אישור גזרי הדין של בתי הדין וזה מעורר את כל הנושא של מקומו של המפקד בתוך השרשרת של הטיפול בנושאים משפטיים. הנושא של אישור גזרי הדין, קיים גם בצבא האמריקאי וגם בצבאות האחרים. מקומו של המפקד נשמר, לפי הטענה כדי שהוא יוכל להתאים את העונש לנסיבות המוכרות לו, יותר מאשר לבית הדין שדן בעניין.

אחת מן הועדות, שישבתי בהן ב- 1976-1977, המליצה לבטל את התהליך של האישור, כי יש בכך משום הפחתת מקומו ומעמדו של בית הדין. ישב בית דין, דן בעניין ושמע עדים גם בקשר לגזר הדין. אין סיבה שלאחר מעשה, כאשר עוד לא יבשה הדיו על פסק הדין כבר באים ומשנים אותו. בשביל מה דרוש הדבר הזה?

בשעתו, הצעת התיקון הזו נתקלה בהתנגדות חריפה, כפי שגם נתקל רעיון מינוי השופטים הצבאיים על ידי ועדה. גם ענין אחרון זה לקח זמן עד שועדת משנה מיוחדת של ועדת חוץ וביטחון אישרה את התיקון הזה בחוק השיפוט הצבאי. גם נושא האישור יחלוף עם הזמן: הרי ממה נפשך, אם כוללים בהרכב שופט או שופטים שהם קצינים מן השורה, במה פחותה הבנתם מהבנת המפקד המאשר?

תא"ל (מיל') צבי ענבר:

היות ומדובר בהתפתחות חוק השיפוט הצבאי, אתחיל בחלק ההיסטורי. חוק השיפוט הצבאי נכנס לתוקפו ב-1 בינואר 56. עד אז הייתה בתוקף חוקת השיפוט תש"ח, שהייתה חוקת השיפוט של ארגון ההגנה בארץ ישראל.

חוקה זו פותחת, כחוקה שנכתבה על ידי עורך דין שעסק בעיקר במשפט אזרחי, בנוסח כדלקמן: הואיל וכל איש כחבר ארגון ההגנה בארץ ישראל (שייקרא להלן "ה- אר"), מקבל על עצמו בין השאר לשמור אמונים ל- אר, לחוקתו, לתפקידו, לקבל על עצמו ללא תנאי וללא סייג את עול משמעתו, לציית לכל פקודותיו של ה- ארג ולמלא את כל הוראותיו... לכן לשם קיום משפט וצדק ב- אר ולשם קיום משטר המשמעת בו... ובאישור הממונים מטעם המוסדות הלאומיים מאשרת בזה המ"א (המפקדה הארצית), ונותנת תוקף לתקנות השיפוט והדיון בהתאם לחוקת השיפוט הבאה דלקמן (וכאן באה חוקת השיפוט). הרמ"א (ראש המפקדה הארצית) היה באותו זמן, גלילי שהיה הרמ"א האחרון. החוקה הזו הייתה בתוקף עד 56.

החוקה הזו התאימה לארגון מתחרת, ולא לצבא מסודר. בן גוריון, ביולי 48, הזמין אליו את הנוגעים בדבר וביקש מהם לכתוב חוקה חדשה. אחד מהנוגעים בדבר, היה נחום חת עצמו, שאותה עת היה היועץ המשפטי של משרד הביטחון. השני, היה ד"ר אברהם גורלי, שנשא בתואר התו"כל הראשי, כראש השירות המשפטי בצבא. השלישי, היה קצין המנהלה של חטיבה 7, רב סרן אהרון חוטר ישי, שהיה בצבא הבריטי סגן משנה, אבל ידו היתה בכל נושאי ההגנה והשיפוט בהגנה.

ב- 8 בספטמבר 48 חוקת השיפוט תש"ח פורסמה כתקנות שעת חירום לפי סעיף 9 לפקודת סדרי השלטון והמשפט ובה יש כבר תיקונים. לא רק תיקונים טכניים, כלומר

שבמקום "אר" בא "צבא הגנה לישראל" ובמקום "חבר בהגנה", בא "חייל" וכיוצא בזה, אלא גם כמה שינויים מהותיים.

שמונה ימים לאחר שפורסמו התקנות מכנס בן גוריון ישיבה. ביום 16.9.48 באו הרמטכ"ל דורי וראש אכ"א משה צדוק, אל בן גוריון והציגו בפניו את הצעותיהם של חוטר ישי ושל גורלי. בשלב הזה חת יצא מהמשחק. כותב בן גוריון ביומנו: "אהרון הכין חוקת שיפוט וחוק צבאי בנוסח בריטי. אברהם גורלי בנוסח קונטיננטלי, ההבדל העיקרי הוא שהמפקד הוא השופט. בתוכנו זה עלול להיות לרועץ". זאת אומרת, בצבא הבריטי: אולי אני יכול לתת למפקד אחד לשפוט את השני, ואילו אצלנו... ובן גוריון ממשיך: "הסכמנו להזמין מסיבה 'ישיבה' לשיחה בעניין זה".

כעבור תשעה ימים מתקיימת הישיבה. גורלי וחוטר ישי מציגים את עמדותיהם. גורלי הרצה, כותב בן גוריון, על משפט צבאי מקובץ, בעיקר קונטיננטלי, ואילו חוטר ישי הרצה על משפט אנגלי. המסובים היו יגאל ידין, חיים לסקוב, יוסף אבידר, יעקב דורי, שלמה שמיר, אפרים בן ארצי- כולם היו אלופים, וכן יעקב שמשון שפירא, וזה היה בהחלט פורום מאוד מכובד. חוטר ישי הציע להטיל אחריות בעיקר על המפקד ולהעמיד לרשותו יועץ משפטי. ההצעה שהכין אהרון חוטר ישי, חוק השיפוט הצבאי, תש"ט-1949, לא התקבלה בסופו של דבר. היא נמוגה בדיוני הכנסת. חוקת השיפוט תש"ח המשיכה לשמש כחוקת השיפוט של צה"ל עד 1.1.56.

כיוון שהנושא במושב הראשון עסק באחריות מפקדים, בחרתי להציג כמה עניינים הנוגעים לשיתופם של המפקדים בשיפוט הצבאי. שיתוף, שאני רואה אותו ביטוי לאחריות שלהם ולסמכות שלהם.

כל השיפוט בהגנה, בתקופה שקדמה לתקופת השיפוט, היה שיפוט על ידי מפקדים ולא על ידי משפטנים. גם השופטים לא היו משפטנים, אלא מפקדים. בדרך כלל זה היה או המ"מ או המ"פ של החייל. הסניגור היה מפקד או חבר של הנאשם, או סמל הסעד או סמל החינוך. עד היום הזה קיימת הוראה שמאפשרת לחייל, בצד הזכות לבחור בסניגור צבאי או בעורך דין, לבחור לו כל חייל שהסכים לשמש סנגורו. נדמה לי שלא מרבית להשתמש בכך, אבל זה עוד קיים.

היו גם במקרים מיוחדים ועקרוניים בהגנה, של מפקדים בכירים מאוד, בהם, להבדיל מתובע רגיל, הופיע תובע מקצועי. יזהר הררי למשל, אביה של החלטת הררי המפורסמת, היה יועץ משפטי של ה"הגנה" במשך הרבה שנים והוא גם שימש בין היתר תובע. כדי להבדיל תובע כזה מהתובע הרגיל, קראו לו תובע כללי, כלומר אחד שזה המקצוע שלו, ובקיצור: "התוכ"ל". בראש השירות המשפטי שקם בצבא עמד התוכ"ל הראשי.

עד 1986, עמדה בתוקפה הוראת סעיף 181 לחש"צ, על פיה כל מה שנדרש מתובע צבאי הוא להיות קצין, ואילו סניגור היה צריך להיות קצין משפטן. כאמור, רק ב-86 שונה ההסדר ונקבע שתובע צריך להיות קצין בעל הכשרה משפטית.

בבית הדין של ההגנה, שנחשב משפט חברים, ישב תמיד שופט, בדרגת הפיקוד של הנאשם (באותה תקופה בהגנה לא היו דרגות, אלא הייתה דרגת פיקוד: מ"כ, מ"מ מוסמך וכיוצ"ב). המשפט היה פתוח רק בפני חברים חיילים שדרגתם אינה נמוכה מדרגת הנאשם. כלומר, במשפט של סגן לא היו יכולים להיות נוכחים טוראים. ללמדכם ההקפדה שהקפידו אז בנושא הזה.

לחוקה עצמה לא הכניסו תיקון לעניין הדרגות, ואילו בחש"ץ, בסעיף 203, נקבע שטוראי רשאי לבקש כי בהרכב בית הדין יכלול לפחות שופט אחד בדרגתו. הוראה זאת בוטלה רק ב-1964.

מעניינת גם ההתפתחות של סעיף 202 לחש"צ. הסעיף המקורי קבע כי בבית דין יכלול שופט צבאי משפטן אחד לפחות, זולת אם החליט נשיא בית הדין, לאחר שעיין בחוות דעתו של פרקליט צבאי, שלא לכלול בו שופט כאמור.

במלחמת העצמאות, בכל חטיבה היה בית דין. כל חטיבה הייתה מחוז שיפוטי, ומי שהיה שופט בחטיבות היו אך ורק מפקדים. רק בשלושת המחוזות: תל אביב, חיפה וירושלים, שניתן היה להשיג בהם אז עורכי דין, קבעו מפקדים שהם גם עורכי דין, שישבו בבית הדין.

ברבות הימים, נוצר מצב שבו נשיאים מסוימים הרכיבו בתי דין שכללו אך ורק שופטים צבאיים משפטנים. עשו זאת מסיבות שונות, בין אם מפני שהסוגיה נראתה להם סוגיה משפטית מובהקת, וגם כאשר חשבו ששופט לא משפטן יהיה לטובת החברים שלו. תגובת פיקוד הצבא לעניין הזה ותגובת המחוקק ב-1982 היו - החלפת סעיף 202 וקביעה כי נשיא בית דין יכלול במושב שופט צבאי אחד לפחות ושופט צבאי משפטן אחד לפחות. כך, הבטיחו שבכל מותב יהיה לפחות שופט שהוא בכל זאת מפקד.

על פי חוקת השיפוט פסק הדין היה טעון אישור, לרבות פסק דין של זיכוי. לרמ"א, ראש המפקדה הארצית, ואחר כך לרמטכ"ל הייתה סמכות להורות על משפט חוזר אם הדבר נראה לו צודק. בתקופה מסוימת בית הדין הצבאי היה מקבל החלטה והיה מודיע לנאשם "אנחנו הגענו לידי פסק דין. פסק הדין הזה עובר כעת למפקד לאישור. אחרי שהמפקד יאשר אתה תקבל הודעה מה בכלל היה פסק הדין שלנו". עד כדי כך היה פסק הדין עסקו של המפקד. בית הדין היה הכלי של המפקד.

ההתפתחויות לכיוון המודרני בתחום זה היו מזעריות למדי. כאשר ב-1986 נקבעה אפשרות הערעור לבית המשפט העליון, נקבע גם כי גזר דינו של בית המשפט העליון לא יובא בפני הרשות המאשרת. מבחינת הכבוד שרוחשים לבית המשפט העליון, זה ברור. מבחינה עניינית הרי בית המשפט העליון בא לעסוק בעניין המשפטי, בסוגיה המשפטית.

אבל, כאן גם הפיקוד הצבאי גרס כי ברור הדבר שפסק דין של בית המשפט העליון לא יבוא לאישור מפקד.

בתיקון שיזם ח"כ פורז, בשנת 96, נקבע כי רשות מאשרת המחליטה בניגוד לחוות דעתו של פרקליט צבאי חייבת לנמק את החלטתה בכתב. זאת אומרת גם כאן הצבא לא הסכים עדיין להוציא את הסמכות לאשר גזר דין מידיו. החלטות מפקדים, בעיקר החלטות רמטכ"לים על הקלה בעונש, עוררו את זעם הציבור וגררו תגובות שיש לבטל את סמכות האישור. היו גזרי דין שהפרקליט הצבאי המליץ בפני הרמטכ"ל לא להקל בהם והרמטכ"ל בכל זאת הקל בהם מנימוקים שלו. אין צורך להזכיר, המקרים ידועים למדי.

הנקודה האחרונה שבחרתי להביא לכם בהקשר להתפתחות השיפוט הצבאי, עוסקת בתקנה 117 לתקנות, אשר הייתה קיימת בצה"ל בחודשים הראשונים, עד ספטמבר, ולאחר מכן תוקנה.

הנוסח המקורי של התקנה נושא את הכותרת "חבר ה- אר מגיד אמת". זה דבר שמאפיין מחתרת בה אנשים משרתים אך ורק מרצונם הטוב. חזקה על כל חבר ה- אר, וכל חוקר שופט ובית דין ב- אר רשאי לסמוך על זה, כי בתוקף חברותו כל חבר ה- אר, לפי רצונו החופשי, יגיד תמיד את כל האמת, גם כאשר הוא נאשם והאמת יכולה להרשיעו בדין. זהו חלקו הראשון של התקנה. חלקה השני של התקנה קבע כי בכל משפט בו הנאשם לא יודה באשמה, כולה או בחלקה, המאשים יוכל לחקור את הנאשם אם ימצא לנכון. ואחרי זה גם השופט או בית הדין יוכל לחקור את הנאשם וגם הסניגור, אם ישנו, יוכל לחקור והנאשם יהיה חייב לענות להם וגם יוכל להודיע כל הודעה שירצה. חלק זה בוטל בספטמבר '48, אך החזקה עצמה, של "חייל מגיד אמת" נשאר תקף עד להחלפת החוקה בחש"ץ.

תא"ל מנחם פינקלשטיין:

המשנה בפרקי אבות (ג, א) אומרת: "דע מאין באת ולאן אתה הולך ולפני מי אתה הולך ולפני מי אתה עתיד ליתן דין וחשבון". ה"דין וחשבון" הזה הוא האקאונטביליטי, שדובר בו הרבה בפאנל הראשון; על "דע מאין באת" דיבר צבי ענבר בפאנל זה; דומני שאני אדבר יותר על "לאן אתה הולך".

אתחיל בהתפתחויות שחלו, בשנים האחרונות, ובעיקר באלה, שחלו לאחר התיקון החשוב, שהוכנס לחוק השיפוט הצבאי, בעקבות "ועדת שמגר".

ד"ר עודד מודריק, בספרו "שפיטה צבאית", וכן במאמרו "מאוריינטציה פיקודית לבית המשפט" (פלילים א', עמ' 83), דן בשלושה מודלים עיקריים, בכל הנוגע ליחס שבין מערכת השפיטה הצבאית לבין מערכת השפיטה האזרחית הכללית. בלשונו:

- א. מודל "ההטמעה" – חיילים נשפטים בידי מערכת השפיטה האזרחית;
- ב. מודל "השילוב" – לפיו יש מידה של אפיון ייחודי לשפיטה הצבאית, אך בד בבד היא משולבת במערכת השפיטה האזרחית;
- ג. מודל "הפרדה" – מערכת שפיטה צבאית נפרדת, בלי זיקה ארגונית או תפקודית למערכת האזרחית.

ד"ר מודריק מצייין במאמרו, כי לדעתו, מערכת השפיטה הצבאית הישראלית נמנית עם המודל השלישי. גם לאחר שנחקק תיקון מס' 16 לחוק השיפוט הצבאי, בעקבות ועדת שמגר, הוא סבור, כי נותרה "הגישה המפרידה".

אני מבקש לטעון כאן, בראשי פרקים בלבד, כי שורה של התפתחויות, בשנים האחרונות, מלמדת על מגמה של התקרבות ל"מודל השילוב" – מודל של מעורבות הדוקה של מערכת השפיטה הצבאית ומערכת השפיטה האזרחית, וזאת הן מכוח חוק השיפוט הצבאי, והן מכוח הפסיקה, ובעיקר פסיקתו של בית המשפט העליון.

למעשה, רואה אני כאן מגמה כפולה: האחת, הפחתת מעורבותו של הדרג הפיקודי בהליכי השפיטה; השנייה, זיקה חזקה יותר בין הדרג המשפטי והשיפוטי הצבאי לבין הדרג המשפטי והשיפוטי האזרחי. אולי ניתן לומר, שככל שפוחתת השפעתו של הדרג הפיקודי על הליכי השפיטה הצבאיים, גוברת השפעתו של הדרג המשפטי והשיפוטי האזרחי על הדרג המקביל הצבאי.

אני חושב, כי אין לנתק את ההתפתחות הברורה הזו, משורה של התפתחויות נוספות בתחומי החברה, התרבות, המשפט, הביטחון הלאומי, התקשורת (ואפילו הלשון). הטעם המרכזי, העומד ביסוד הדברים, הוא התחזקותה של מערכת המשפט ושל בית המשפט העליון. ככל שניתן להעריך את ההתפתחויות שצפויות בעתיד – והדברים הם בהכרח בערבון מוגבל – מגמות אלה ילכו ויגברו.

למערכת השפיטה אפיונים ייחודיים: קימות שתי מערכות שפיטה מקבילות, אזרחית וצבאית – פרקליטות צבאית לעומת פרקליטות אזרחית; משטרה צבאית חוקרת לעומת משטרה אזרחית. אפיון נוסף, הוא שילוב של אנשי צבא, שאינם שופטים מקצועיים, בהליך המשפטי. ברוב המשפטים, עד היום, ישבו לצידו של השופט המשפטן, שני שופטים הדיוטות. דומה שגם תמונת מצב זו עשויה להשתנות.

כמו כן, מעורבות מכוח החוק של הדרג הפיקודי בכמה הליכי שפיטה, כגון: אישור פסקי דין, (שיוזכר כאן), סמכות הקלה בעונש, סמכות להגיש ערעור, סמכות מסוימת בביטול כתב אישום, וסמכויות נוספות.

אתן דוגמאות בעניין הפחתת המעורבות של הדרג הפיקודי בהליכי השפיטה הצבאית, ואזכיר את מישור החקיקה ואת מישור הפסיקה.

במישור החקיקה, בעבר, היתה סמכות לגורם הפיקודי לסגור דלתיים, מטעמי בטחון המדינה, ולא היתה אפשרות לערער על כך בפני בית דין צבאי. משפטים, ובהם משפטו של האלוף ברקאי, נסגרו מטעמי בטחון המדינה, ולא היה על כך ערעור. גם במשפטו של הש"ג ב"ליל הגלשונים" (בשנת 1988), נסגרו הדלתיים, לפני שהוגש בג"צ בעניין זה, והדלתיים נפתחו. מצב זה השתנה בתיקון משנת תשנ"ג.

דוגמה שנייה במישור החקיקה; התיקון האחרון לחוק השיפוט הצבאי, משנת תשנ"ח, לפיו שופט משפטאי אחד, ללא שני שופטים הדיוטות לצידו, רשאי לשפוט בעבירת נפקדות. מבחינה מסוימת, זאת מהפכה ויש כאן המשך ברור למגמה, עליה התחיל לדבר צבי ענבר. להערכתי, מגמה זו, הטומנת בחובה התמקצעות, תלך ותגבר. ההדים בשטח למגמה זו הם חיוביים מבחינת היעילות. דומני, כי התיקון לא נתקל בבעיות, מבחינת הפיקוד הצבאי.

הייתי מזכיר בעניין זה גם דוגמא אחת במישור הפסיקה: לפי סעיף 308 לחוק השיפוט הצבאי, ניתן לבטל כתב אישום על ידי הפרקליט הצבאי הראשי, או על ידי גוף פיקודי (ראש המחוז השיפוטי), בהסכמת פרקליט צבאי. סמכותו של ראש המחוז השיפוטי לבטל כתב אישום היא לדעתי שריד אנאכרוניסטי. דומני, שסמכות זו מעולם לא מומשה, הלכה למעשה. קשה למצוא, בעולם המעשה, פרקליט צבאי, שיתנגד לפרקליט הצבאי הראשי, הגם שהיו דברים מעולם. ואולם, בבג"צ בפרשת "דובדבן", שניתן לפני כמה חודשים, יש קרקוע של עצם האפשרות שהגורם הפיקודי הוא זה שיבטל את כתב האישום, שכן בפסק הדין, ציין נשיא בית המשפט העליון, כי הוא נוטה להניח שפרקליט צבאי אינו רשאי לקבל החלטה מנוגדת לזו של הפרקליט הצבאי הראשי.

(אזכיר עוד – הגם שיש כאן גלישה מסויימת מהנושא שלפנינו – את הפסקת העמדתם לדין של מחבלים בבית המשפט הצבאי בלוד, שהוא אמנם לא "בית דין צבאי", לפי חוק השיפוט הצבאי).

הערכתי לעתיד היא, כי תמשיך ותצטמצם – הן מכוח החקיקה והן מכוח הפסיקה – השפעתם של גורמים פיקודיים על הליכי השפיטה. החידוש בדברים, הוא בכך, שאם בשנת 1977 היו מאבקים בעניין הזה, נראה שהיום בשלה הקרקע לקראת מצב, שהמפקדים עצמם לא יבקשו סמכויות בהליכי שפיטה.

דוגמא אחרת: היום, בהוראת ראש המחוז השיפוטי, ניתן להורות לתובע הצבאי הראשי לערער על העונש. אני חושב שהמגמה הזו, בעולם המעשה, הולכת ופוחתת. בסדרה של

פסקי דין של בית הדין הצבאי לערעורים הוצבו מחסומים די רציניים בפני השימוש בסמכותו זו של ראש המחוז השיפוטי. אבל, לפי ניסוחו של חוק השיפוט הצבאי, והדברים קורים לעיתים רחוקות, ראש המחוז השיפוטי יכול להורות לערער גם על זיכוי. לפי דעתי, הדבר הזה הוא בלתי ראוי. אני מעריך, שגם המפקדים הצבאיים יסכימו לקבל על עצמם את העול של אי מעורבות בהליכים מסוג זה.

אשר לאישור פסקי דין, אבקש להביא "אסמכתא ספרותית" לכך, שקיים חשש ממעורבות אפשרית של דרגי הפיקוד בתוכן ההחלטה השיפוטית עצמה. יחד עם זאת, מעריך אני, כאמור, שלא יאריך זמן, וגם סמכותה של הרשות המאשרת להקל בעונש, תתבטל, בהסכמת דרגי הפיקוד הצבאי עצמם.

על מה שאקריא, אמרו חז"ל "אלמלא מקרא כתוב – אי אפשר לאומרו". המדובר על משפטו ל הקצין פינטו, שנשפט על ידי שלושה משפטנים (לפני כניסתו לתוקף של התיקון לחוק השיפוט הצבאי שביטל אפשרות זו של שיפוט ע"י בית דין צבאי). בראש ההרכב של בית הדין הצבאי לערעורים ישב השופט, כתוארו דאז, שמגר. אחרי שניתן העונש, שמונה שנות מאסר, הרמטכ"ל, רא"ל איתן, הקל בעונש, באורח ניכר. הרמטכ"ל ניסה להצדיק את מעשהו בספרו "סיפורו של חייל", שבו הוא מתייחס לתוכנו של פסק הדין. לטענתו, הוא מעולם לא התחרט על ההקלות בעונשיהם של פינטו ואחרים. לדבריו, הוא עיין בקפדנות בתיקו של פינטו, כלומר הוא נכנס לעובדות. לא מצא חן בעיניו שהשופט קבע, כי על פי עדותו של אדם אחד יקום ויפול דבר. במקרה זה היתה חשיבות לזהותו של הקצין, שהביא לידיעת השלטונות את מעשהו של פינטו. פינטו קדם לו כמפקד הפלוגה. הוא כבש את ליבם של אנשיו, והם אהבו אותו. מחליפו בתפקיד לא זכה למעמד דומה. יתירה מזו, עד מרכזי זה נדון למאסר על לקיחת שלל, ועונשו נמחק על ידי אלוף פיקוד המרכז. הצירוף של נסיבות מיוחדות אלה, הביא את הרמטכ"ל דאז למסקנה, שאין למצות את הדין עם פינטו, ולכן, הקל בעונשו. כאפילוג, הוא מציין, כי מעולם לא מצאו את גופותיהם של האנשים שפינטו הואשם ברציחתם. במילים אחרות: הרמטכ"ל, כרשות מאשרת, מטיל ספק בעצם הכרעת הדין המרשיעה.

בעניין לדרמן, נאמר באותו ספר כדלקמן: "לדרמן, איש המשמר האזרחי, הרג ערבי כמעשה – נקם. הוא נדון לעשרים שנות מאסר. בית – הדין לערעורים הפחית את עונשו לעשר שנים. אני הפחתי לשלוש. כאשר באו אלי בטענות, אמרתי: 'מה אתם רוצים? לפי איזה קנה – מידה מותר לבית – דין לערעורים להפחית את העונש לחצי ולי אסור להפוך את החצי לשליש?'".

עד כה, הערכתי את ההשפעה של הדרג הפיקודי על הליכי השפיטה הצבאית, תוך שהזכרתי, בהקשר זה, את סמכות ההקלה בעונש, את הסמכות להורות על הגשת ערעור

ואת הסמכות להורות על סגירת דלתיים. יש כמובן סמכויות נוספות, שקצרה היריעה מלפרטן.

אבקש לסיים, בנושא התגברות הזיקה למערכת המשפט האזרחית, וזאת, בראייה היסטורית של הזיקה בין מערכת המשפט הצבאית לבין מערכת המשפט האזרחית. ראשית, בעקבות ועדת שמגר, ניתן לערער על פסק דין של בית הדין הצבאי לערעורים, בערעור ישיר, אמנם ברשות, לבית המשפט העליון. הטעם לכך, כפי שנאמר שמגר: "יש בהסדר האמור כדי לתרום לאחידותה של ההלכה המשפטית ולאפשר פיקוח שיפוטי על ידי הערכאה השיפוטית הגבוהה ביותר במדינה".

משנת 1986 ועד היום, יש בסך –הכל חמישה פסקי דין שניתנו על ידי בית המשפט העליון, בערעור על בית הדין הצבאי לערעורים (מעניינת העובדה, שעד היום היתה התערבות במעט פסקי דין (שלושה)). נדמה לי, כי אצדק אם אומר, כי בעשר השנים האחרונות לא היתה בכלל התערבות של בית המשפט העליון בפסיקה הצבאית.

דוגמא אחרונה, נוגעת להשפעת הפסיקה על מערכת קבלת החלטות המשפטיות. המדובר בפסק הדין בעניין אביבית עטייה (בג"ץ 4723/96). בניגוד לכוונת האבות המייסדים, כי תהא מערכת נפרדת גם של קבלת החלטות וגם של שיפוט, נפסק בעניין עטייה, שהיועץ המשפטי לממשלה רשאי להתערב, ואף להורות לפצ"ר כיצד לנהוג בהחלטות, אשר לדעתו יש בהן עניין מיוחד לציבור, או כאשר הוא מוצא שהשלכותיהן חורגות מעבר לתחומי המסגרת הצבאית.

למעשה יש כאן הכפפה די רבה של הפרקליט הצבאי הראשי ליועץ המשפטי לממשלה, דבר, שלטעמי, לא היה, כאמור, בכוונתם המקורית של האבות המייסדים של חוק השיפוט הצבאי. נראה לי, כי ניתן להסביר מגמה זו, כפי שרמזתי בתחילת דבריי (ואין כאן המקום להאריך), על רקע של התפתחויות חברתיות ואחרות.

במילים אחרות: אם ידועה מבחינה ציבורית הסוגיה של "הוצאת החקירות מהצבא", הרי עתה בעקבות פסק הדין בעניין עטייה עולה הסוגיה של "הוצאת ההחלטה בדבר העמדה לדין מהצבא".

לעניין היבט המקצועיות בתפקיד, עליו דיברתי, אבקש לסיים באנקדוטה על אפלס, צייר החצר הנודע של אלכסנדר מוקדון. אפלס היה נוהג להציג במרפסת ביתו כל תמונה חדשה שצייר. הוא עצמו נהג להסתתר מאחורי התמונה ולהאזין לדברי הבריות על יצירותיו. באחד הימים, עבר סנדלר ליד תמונה של אפלס, והעיר, כי בסנדלים המצויירים בתמונה חסר חור אחד להשחלת שרוכים. אפלס שמע, ותיקן את הפגם. למחרת, משנוכח הסנדלר, כי דעתו ישרה בעיני הצייר, נתמלא יהירות, ומתח ביקורת אווילית על מבנה השוקיים של האדם המצוייר בתמונה. דבריו עוררו את רוגזו של אפלס, שהעיר לו, כי אל

לסנדלר לחוות דעה במה שלמעלה מן הסנדל, ומכאן האמרה: "Ne supra crepidam, sutor".

נשיא בימ"ע (בדימ') מאיר שמגר:

את השורשים לכך רואים גם בדו"ח הועדה על דרכי המינוי של היועץ המשפטי לממשלה, כאשר דנים שם בשאלה של יחסי גומלין, בין יועץ משפטי של משרד, ויועץ משפטי של הכנסת, לבין יועץ משפטי ראשי. המגמה הייתה ליצור הירארכיה, חוות דעת אחת סופית. המגמה לא הייתה לצמצם את המישור המשפטי הצבאי אלא ליצור קדקד.

תא"ל מנחם פינקלשטיין:

כן, הדברים נאמרו במפורש על ידי דעת המיעוט במקרה זה, מפי השופט ברק, לגבי סמכות היועץ המשפטי לעכב הליכים, גם בהליכי שפיטה צבאיים. נאמר שיש להכיר בשליטה של היועץ המשפטי לממשלה על ההליך הפלילי המתנהל בפני בית הדין הצבאי. מדברי דעת הרוב עולה הצורך באחידות ובהרמוניה של רשויות התביעה השונות.

תא"ל (מיל') דב שפי:

אני מעלה את השאלה האם ראוי שהמגמה הזו של התמקצעות, שפיטת נפקדים על ידי שופט משפטן חוץ מאשר במקרים מיוחדים, באמת תלך ותמשך. בניגוד לרעיון הזה, תמיד נאמר שאחת מהצדקות קיום השיפוט הצבאי זה העובדה שאדם נשפט בפני חברים לנשק, ונוסף לכך גם האלמנט החינוכי, שכל המשפט מתנהל כאשר חיילים או קצינים יכולים לבוא ולשמוע את המשפט. הצבא מחנך ומתחנך על ידי זה. כל התיאוריה הזו בעצם הולכת ונשחקת. נוסף לזה גם העניין של התקרבות יותר גדולה לבתי המשפט האזרחיים, חוץ מהעניין הזה של פתיחת האפיק של ערעור על נקודה משפטית לבית המשפט העליון, שוודאי יש בו ברכה, ובאופן מיוחד אם מביאים בחשבון את הכמות של הערעורים שהייתה, מאז שהתיקון הזה של הרפורמה נכנס לתוקפו.

אני מעלה את השאלה אם זה בסופו של דבר לא יגדע את העץ אשר עליו יושבת מערכת המשפט הצבאית.

אלוף אילן שיף:

כיוון שאני אשם בתיקון הזה, אז אני רוצה לומר את הדברים הבאים. חשוב לדעת מה הציבור חושב, אבל בסופו של דבר אני חושב שחשוב לדעת גם מה חשים השופטים שיושבים לדין. קדמה להחלטה הזאת עבודת מטה, לפחות בין השופטים, כאשר היינו משוכנעים שיש מספר תיקים שבהם באמת המשפטן הצבאי, עם כל זה שהוא רחוק מלהיות איש המקצוע הצבאי, הוא גם רחוק מלהיות שופט רגיל, שידיעתו בענייני צבא היא לפעמים דלה.

הניסיון של אנשי הפרקליטות הצבאית ואנשי השפיטה הצבאית, הספיק כדי לדעת שבאמת יש תיקים שבהם התרומה של אנשי הצבא, המפקדים, היא שולית, אם בכלל. אם אתה מעמיד את העלות אל מול התועלת, אתה מגיע למסקנה, שאתה משלם הרבה מהבירוקרטיה על אמון המשפטן וזימון שופטי הצד. אתה משלם הרבה מאוד כאשר אתה צריך לתאם את המועדים בפני שלושה שופטים, אתה משלם זמן התייעצות, ואתה משלם, וזה לא פחות חשוב, כשאתה חייב לעשות את המשפט בהרכב שלושה.

זאת בעוד שבחלק בלתי מבוטל מהתיקים האלו, שהם ברובם המכריע תיקי הודאה, אתה יכול כבר בשלב המעצר לגמור את זה, כאילו זה המשפט עצמו. אתה מגיע למסקנה שהיעילות פה היא אדירה, בלי לפגוע באיכות השיפוטית. במצב עניינים כזה, אם אכן ניתן לדלות מספר עבירות שבהם לא צריך הרכב של שלושה, אז אי אפשר להטיל ענישה יותר מידי מכבידה ולצדדים תינתן, במקרים מיוחדים, רשות לבקש הרכב של שלושה. אתה עדיין לא פוגע במהות של השפיטה הצבאית, משום שלשופט הצבאי, למשפטן, יש את המומחיות הנדרשת גם כדי לשפוט את אותם צדדים. לפי דעתי אפשר להרחיב את זה, והיום אנחנו בעיצומה של עבודת מטה עם הפרקליטות במגמה להרחיב את זה. כמוכן, לא יעלה על הדעת להרחיב את זה לעבירות של תאונות או התרשלות באימונים. לפי דעתי, לא צריך להרחיב את זה גם להתנהגות שאינה הולמת, למרות שיש כאלה שאומרים שכן. בדברים האלה באמת יש מה לתרום למפקד הצבאי שיושב בהרכב.

באותם מקרים בהם מזמינים למשפטים הפשוטים האלה של נפקדים את עוזר קצין השלישות ולא מזמינים את מפקדי השדה, מספיק גם המשפטן הצבאי כדי לשפוט משפט נכון וצודק וראוי, מכל מה שמשמע מכך.

מה שיותר הייתי שם את הדגש, וזה מראה על ההתפתחות הנאורה של המשפט הצבאי, באותו כיוון שפינקלשטיין עמד עליו אבל אולי לא מספיק הדגיש אותו, זה הקלות שבה היה אפשר להעביר את זה בצבא בעבודת המטה.

אחרי עבודת המטה בין השופטים, וכשהגענו למסקנה באמת שצריך לעשות את זה, חשתי מאוד ממצב שבו הרמטכ"ל יראה בזה נגיסה של המשפטנים בחלקת אלוהים הקטנה של המפקדים. לכן, הלכתי רק לנושא של נפקדים. אם הייתי חושב שזה לא ייראה כך, הייתי בא עם הצעה ראשונית הרבה יותר כבדה עם יותר עבירות ולכן הצעתי רק את

זה כדי לראות איך זה מתקדם. משפטי הנפקדים מהווים אומנם 60%, וזה המון במושגים שלנו, אך ניתן היה להתחיל בכמות יותר גדולה, בסוגים יותר רבים של עבירות. להפתעתי המוחלטת, כשבאתי עם זה לרמטכ"ל, זה עבר בקלות, הייתי אומר כמעט בלתי מובנית. זה אפילו התקבל בשמחה. כאילו "למה לא באתם עם זה מקודם ולמה רק נפקדים". זה היה עם הרמטכ"ל הקודם, ועכשיו קיבלנו את האור הירוק לעבודת מטה, להרחיב את מספר העבירות, שוב עם אותה תגובה, "למה לא באתם עם זה קודם". המפקדים עצמם מבינים שיש דברים שהם לא צריכים להתעסק אתם.

שופט בימ"ע (בדימ') מאיר שמגר:

אני הייתי מציע הרהור שני בנושא הזה, היינו שיפוט הנפקדים. יש כאן לדעתי התנגשות בין שני אלמנטים: אלמנט היעול ואלמנט הצדקת הקיום של השיפוט הצבאי. מבחינת היעילות אין ספק ששיפוט על ידי דן יחיד, משפטן, יעיל יותר.

רוב מקרי הנפקדות ניתנים לחלוקה לשני חלקים: הרוב נובע מתנאים כלכליים בבית והמיעוט מתנאים ביחידה. אלו נושאים קלאסיים שבהם, בגזירת העונש ובהסקת המסקנות יש מקום לאיש הצבא שיכול להביע את דעתו, לגבי מה שקורה ביחידה לגבי טיפול הצבא ברווחה, ולגבי הענישה וכו'. זאת אומרת, אין זה נכון לומר שזה נושא שזר לקצין הלא משפטן ורק איש המשפט יכול לטפל בו ביעילות וכי רק איש המשפט יודע איך לפתור את זה. זה חותר תחת הגיון הקיום של שיפוט צבאי, שביסודו מונחת ההנחה כי מקיימים שיפוט יחד עם הגורם הצבאי הלא משפטי שמתמצא בנושא. למה שמפקד לא ידון עמנו ויראה מה קורה ביחידה? למה שלא יראה את מספר האנשים שנפקדים? מה קורה עם הרווחה בצבא? מה קורה עם הסעד? למה הוא טוען שהמפקד התעלל? זה קצת דומה לנציב קבילות החיילים. אני מציע שתחשבו על זה בזהירות. וודאי שעבירות נוספות, ייתכן שיהיו ניטרליות יותר. דווקא נפקדות נראית לי כאחת מהתופעות הצבאיות המובהקות הנפוצות מאוד, שהגורמים הצבאיים צריכים להיות שותפים בפתרון לבעיה.

מאידך גיסא, סמים, לדעתי, זה נושא משפטי. פרט למקרים שבהם מדובר בתופעה כללית ביחידה שבה פוגע בכוננות או מסכן את האנשים. ברוב המקרים זה שימוש עצמי. במקרים שאינם קשורים לשרות או לכוננות הייתי מעביר הענין לבית משפט אזרחי. סמים הרבה פחות מעניינים את הצבא במקרים הפרטיים של סיגריה שעישנה חיילת מאשר נושא של נפקדות. נפקדות היא תופעה צבאית מובהקת. היא לא קיימת בחיים האזרחיים.

אל"מ עורך פסנון:

ברצוני לגעת במספר נושאים ששמעתי עד כה, מבלי להתייחס אליהם מבחינה ערכית.

הנושא הראשון, הינו התפתחות חוק השיפוט הצבאי. הזכיר תת אלוף מנחם פינקלשטיין את אבחנת כבוד השופט מודריק לגבי שלושת הקטגוריות של הטמעה, שילוב והפרדה בהם נמצא כיום המשפט הצבאי במדינות השונות. אכן, המשפט היום בצה"ל נמצא במגמה של שילוב במערכת המשפט האזרחית, ואין לדעת לאן מגמה זו תגיע.

אולם, יש קוץ באליה הזאת. מדובר בהתפתחות די איטית לאורך השנים. נראה לי, שאף אחד מגורמי הצבא שצריכים לקבל את ההחלטות, ואולי הציבור בכלל, לא נתן את דעתו לגבי המסלול שלשם הולכת כל החלטה פרטנית בכל תקופה שהיא, שלאט לאט מביאה לכך שכל מסכת השיקולים של המפקדים לגבי מעורבותם בשיפוט נעלמת. זהו תהליך איטי במהלכו כל פעם מבוטל סעיף כלשהו המקנה עוד איזושהי סמכות החלטה למפקדים בהליך שיפוטי. אני לא בטוח שמישהו מהמפקדים, מתישהו, נתן בצורה רצינית את דעתו וקיים דיון בנוסח הזה: לאן אנחנו הולכים, האם זה טוב, האם זה רע, מה התועלת ומה הנזק שייגרם לצבא בסופו של דבר.

כמדומני, עד היום ישנן מדינות שהולכות בשיטה של ההפרדה. יש מדינות שפוסחות על הסעיפים והולכות על השיטה של השילוב. ויש מדינות שהחליטו החלטה לגבי הטמעת המשפט הצבאי בתוך השיפוט והמשפט הכלליים של המדינה.

אני לא בטוח שאצלנו הייתה החלטה מודעת לגבי הנושא הזה. לדעתי, יש לזה טעם לפגם. יכול להיות שכבר עברנו את אותה מחצית הדרך של חזרה אפשרית. אבל יכול להיות שצריך לשקול את מה שאמר כבוד הנשיא שמגר גם בעניין של השיפוט.

הנושא השני שברצוני להתייחס אליו, הוא שיפוט על ידי שופטים משפטיים. גם בנושא הזה, צריך לדון בצורה רחבה למה זה מביא. מדברים רק על ההצדקה להיות השיפוט צבאי, אבל אני רוצה לעלות נושא שלא עלה כאן והוא קשור בעניין של השיפוט הצבאי בשטחים.

אומרים שאנשים שאין להם מושג בשיפוט שופטים אנשים לעונשי מאסר חמורים ביותר, שנים על גבי שנים. אני לא מדבר על עורכי הדין, אני מדבר על שופטי הצד, ומדובר בדרך כלל בקצינים צעירים, לעיתים מזומנות קצינים זוטרים, שאינם בעלי השכלה משפטית או אקדמאית. השופטים הללו, כמו גם השופטים המשפטיים, לא נתקבלו, כולם כאחד, על ידי איזושהי ועדה ציבורית, שתיתן את הגושפנקה החברתית למערכת השיפוטית הצבאית באזורים. אני רואה בזה טעם גדול לפגם. לא יעלה על הדעת שבתחומי מדינת ישראל אדם, אזרח ישראלי, ילך למאסר של יום אחד, על ידי שופט שאיננו משפטן. במערכת

הצבאית המשפטית בשטחים זה נוהל קבוע. אף אחד לא פוצה פה ולא דנים על זה בכלל. בדברנו על כבוד האדם וחירותו, הרי זה דבר בסיסי.

הנושא האחרון, הינו אחריות מפקדים. אני חושב שלא העלו פה נקודה אחת שבית המשפט העליון חזר וקבע אותה בצורה חד משמעית. אני רוצה לעלות, בפרט בפני המפקדים שנמצאים פה, שבית המשפט העליון חזר ואמר חד משמעית, שאם הצעדים הפיקודיים יהיו חד משמעיים, החלטיים ונמרצים כמו שצריך, הרי שבהרבה מקרים זה הרבה יותר חמור לאיש הצבא, הקושר עתידו בצבא, מאשר התוצאה הפלילית. במקרים כאלו אמר בית המשפט העליון כי יתכן שכלל לא יהיה צורך להגיע לבית הדין הצבאי או לידי פעולה במישור הפלילי.

השופט עורך מודריק:

אני רוצה רגע אולי לייצג את יורם שחר, כדי להביע פה דעה חורגת לגבי העניין של שילוב מפקדים בשפיטה הצבאית. אמרת אילן, שלא עולה על הדעת שלא לשלב מפקדים בכל מיני עניינים של התרשלויות והתנהגות שאינה הולמת וכיוצא באלה. אני זוכר שהנשיא שמגר היה אומר, שכל מה שלא עולה על הדעת מיד עולה על הדעת. אז זה כבר עולה על דעתי.

אני אפילו מוכן לצאת רגע מהנקודה שבה סיים האלוף עמידרור את דבריו בשיבה הקודמת. הוא אמר, הבעיה היא לא מי יברר את ההפרות אלא מי יקבע איזה הפרות יבואו לבירור שיפוטי. בואו נניח שהולכים לשיטתו, ושדרג של מפקדים כזה או אחר יאמר שעניין מסוים מעבירים לבירור בערכאה שיפוטית צבאית, ועניין אחר ייפתר במישור האדמיניסטרטיבי שיפוטי, כשהסמכות להחליט היא בידי הדרגים הפיקודיים.

אי אפשר לקחת את הפורום השיפוטי הצבאי ולהפוך אותו מבית משפט למוסד חינוכי, לבית ספר למפקדים. שינוי חוק השיפוט הצבאי, בתחילת שנות השמונים, היה בעקבות דברים שנכתבו בפסק דין כץ, שהמליצו שישולב בכל משפט, לפחות קצין לא משפטאי אחד.

העניין הוא יותר מידי רציני מכדי להניח אותו בידיים של אנשים שאינם אנשי מקצוע. מה אתה אומר? אתה אומר שמשפט צבאי איננו משפט? שבית דין צבאי איננו בית משפט? שאפשר להניח את המלאכה הזאת, את התורה הזאת- שכמו כל תורה היא צריכה לימוד והיא צריכה ניסיון, היא צריכה הכשרה- בידי אנשים שלא הוכשרו לכך?

מבחינה זאת אני חושב שיש לי מחלוקת גם עם ההמלצות של ועדת אור ועם כל הרעיון הזה של ספציאליזציה של שופטים. שופט צריך להיות מומחה לשפיטה. הוא לא צריך

לדעת שום דבר בעניין שהוא שופט בו. הוא צריך לשמוע על העניין שהוא דן בו מאנשי מקצוע ממומחים והוא צריך לקבל את ההחלטות על בסיס מה שהוא שומע. וכשמגיעים מפקדים או אנשי צבא למשפט, יש אתם בעיה. הבעיה היא שהם מכניסים רעשים לתוך מערכת העבודה של בית המשפט. כלומר הם באים בעצם עם דעות קדומות. למשל, אני זוכר לפני בערך עשרים שנה הייתה התרסקות של שני מטוסי סקיי הוק, כאן על הרי ירושלים. הטייסים נהרגו ועמדו לדין הבקרים, בגלל מחדלי שליטה ופיקוח. השופטים היו משפטן אחד, טיס אחד ומפקד טייסת תחזוקה. מה התרומה או מה התשומה של מפקד טייסת תחזוקה האווירית מעבר לזה שהוא משוכנע שהוא יודע הרבה יותר מהשופט המשפטאי בתחום הזה, שבאמת לא ראה איך פועלת יחידת בקרה אווירית קודם לכן מימיו. יש סכנה מאוד גדולה של השפעה של המפקד על השפיטה בדבר הזה.

יש גם סכנות הפוכות, כגון סכנה של התבטלות. כיוון ששופט לא משפטאי יודע שבעצם הוא איננו מבין דבר וחצי דבר בעניין הנידון פרט לדברים כמו רוח הצבא או דברים עקרוניים ביותר, אז הוא מניח את עצמו בידי המשפטאי ואומר לו "אני אחריך", את אשר תאמר אני אקבל, אתה הוא המחליט בעניינים האלה. ואיפה התרומה שלו בעניין הזה? התרומה של המפקדים צריכה להיות בגיבוש סטנדרטים של התנהגויות על דרך ההתנהגות המעשית, או אולי בעידוד המחוקק. אבל בשום פנים ואופן לא יכול להיות שהמפקדים ייטלו חלק במשפט, אלא אם כן אנחנו חוזרים הרבה לאחור אל התקופה שתוארה פה יפה, שהמפקד היה באמת השופט.

פרופ' מרדכי קרמניצר:

הנושא של שופטי הצד הוא נושא מאוד כבד, אנחנו לא נמצה אותו. אני רוצה לחדד נקודה אחת, לגבי שופט הצד שבא על תקן מומחה. מבחינת ההליך ההוגן יש לצדדים קושי אמיתי, מפני שזה מומחה שאתה לא יודע מה יש אצלו בראש, שאתה לא יכול לבחון בחינה אמיתית את המומחיות שלו. קשה לך מאוד להתמודד עם היותו מומחה והוא בא עם התפישה שלו. אתה כצד, מופיע חסר אונים מול המומחיות הזאת, שלפעמים היא לא מומחיות, אלא בנויה על ידע מיושן.

דבר נוסף בשופטי צד, ואני נתקל בזה כל פעם מחדש, הוא שאין סוף להפתעות למה שעולה במוחו של מי שלא עבר את התהליך הזה של שופט מקצועי, כמו להרים טלפון לזה, לשאול את ההוא מה דעתו על העניין הזה, כל מיני דברים ששום הדרכה לא יכולה להועיל מפני שאתה לא יכול להעלות בדעתך את אין סוף האפשרויות של מה שעודד קרא "רעשים", שנכנסים דרך האפיק הזה, או עלולים להיכנס דרך האפיק הזה למערכת.

צריך לשקול האם יש התיישבות טובה בין שופטי הצד לבין הערעור לבית המשפט העליון. אני חושב שהערעור לבית המשפט העליון, אם אני שואל את עצמי איפה הוא בעיקר נחוץ, הוא נחוץ לדעתי דווקא או בשאלות משפטיות, כמו פרשנות של הוראת חוק או בשאלות של נורמות, של סטנדרטים, התנהגות שאינה הולמת, סבירות ודברים כאלה. נשאלת השאלה האם המערכת לא מדברת פה בשני קולות. מצד אחד, היא רוצה את התשומה של אנשי השטח, השדה. מצד שני, היא נותנת את ההכרעה הסופית למי, שחוץ ממקרים פרסונליים מיוחדים, יכולים להיות אנשים שמנותקים ומרוחקים ריחוק הכי גדול מן ההוויה, מן השטח, מן השדה. פה אני רואה משהו שהוא לא לגמרי עקבי.

תא"ל מנחם פינקלשטיין:

אבל בבית הדין לערעורים ההכרעה היא בסופו של דבר על ידי רוב משפטנים. אולי לא הבנתי את ההערה. איפה הסתירה כאן?

פרופ' מרדכי קרמניצר:

עדיין, גם בית הדין לערעורים הוא בית דין של הצבא, הרוח הצבאית, ההוויה הצבאית, ההתמצאות בענייני הצבא.

תא"ל מנחם פינקלשטיין:

זה שהם קבעו נורמה לא נכונה בענייני הטרדה מינית, למה שזה יהיה נורמטיבי? למה שלא תהיה סמכות ערעור לבית המשפט העליון כדי לתקן את המעוות ואיפה הסתירה בין זה לבין זה שגם שופטים הדיוטות שופטים? אני לא רואה את הסתירה פשוט.

פרופ' מרדכי קרמניצר:

אני לא אמרתי סתירה, אלא השתמשתי בביטוי התיישבות. אם אתה נותן ערך רב לנושא של ההוויה הצבאית, ההתמקדות במטריה, אז לאן הערך הזה נעלם כשאתה נותן את המילה האחרונה לאנשים שהם הכי רחוקים מההוויה הצבאית.

תא"ל מנחם פינלקשטיין:

למה בניר גלילי לדוגמא, יכול לבוא בית משפט עליון, ולפקח על הנורמות הצבאיות, כשבמקרה הזה זה החלטה של ראש המטה הכללי. איפה ההבדל העקרוני המהותי בין ההתערבות של בית המשפט העליון בבג"צ על החלטת הרמטכ"ל לבין בית המשפט העליון כקובע נורמות.

פרופ' מרדכי קרמניצר:

ההבדל העקרוני הוא שבג"צ בודק סבירות ואמור להתערב במקרים של חוסר סבירות קיצוני, ואילו ערכאת ערעור דנה בשאלה, מה נופל בגדר התנהגות שאינה הולמת. אם חושבים שבסוגיה- מהי התנהגות שאינה הולמת חשובה לי התשומה של עמידור, הרי זאת משום שהוא הוביל גייסות והוא נשם צבא והוא הריח את ריח השדה. כל אלה הם ערכים חשובים לצורך ההכרעה. האם זה מתיישב עם זה שבסוף המילה האחרונה ניתנת לאנשים שאין להם שום התמצאות ושום ניסיון?

שופט בימ"ע (בדימ') מאיר שמגר:

הכוונה הבסיסית איננה ששופט יהיה המומחה המעולה ביותר והמושלם ביותר בתחום בו הוא עוסק. 99% מהשופטים שעוסקים בפריצות וכד' לא התנסו בזה אישית, והאחוז האחד הנותר התנסה רק כקרבן. ההנחה היא שהם בעלי משרה אשר מסוגלים לספוג את הלקחים, ולהבין את התמונה ולגזור מכך את המסקנה וההנמקה לפסק הדין.

השיתוף של השופט הבלתי מקצועי הוא מבורך. אגב, השיתוף הזה, אומץ, בעבר במספר מקרים. למשל, השיתוף הזה אומץ בבתי דין לספורות שם היו נציגי ציבור בשנות החמישים, "לשם שיתוף העם". גם בבית הדין לעבודה יש נציגי מעבידים ועובדים, כי רצוי שיתוף של אלה שיכולים לתרום את ההבנה ליחסי עבודה. אין זה אומר שהנציג של המעבידים או של העובדים הוא המומחה הגדול ביחסי עבודה. אבל ההנחה היא שהוא מביא איתו הבנה רבה יותר בסוגיה דנן. אני לא הייתי פוסל את השיתוף הזה. לדעתי אם נפסיק את השיתוף הזה אולי ניצור יעילות, אבל ניצור ניתוק של מערכת השיפוט הצבאית מהצבא ומכל מה שמתהווה בו ויראו בה גוף זר.

פרופ' מרדכי קרמניצר:

אם בודקים היום את הנושא של הסמכות המאשרת של אלופי הצבא והרמטכ"ל, קשה למצוא לה הצדקה עניינית טובה. סבורני שזו המלצה שועדת שמגר המליצה בזמנו, ולדעתי זה היה משגה.

שופט בימ"ע (בדימ') מאיר שמגר:

אומנם זה בריא ששופט משפטאי יושב ומחליט, אך עדיין אין זה אומר שאיש הצבא לא יכול לתרום גם כן.

פרופ' מרדכי קרמניצר:

בלי קשר, אני חשדן לגבי השאלה האם אפשר להעביר באמת את הטיפול בשאלות הפיקודיות למפקדים, בין השאר, בגלל שראיתי איך המפקדים הפעילו את סמכותם. ראינו בעינינו אנשים שהורשעו בעבירות שחיתות מובהקות שהדרגים הצבאיים הכי בכירים חשבו שהם יכולים להיות מפקדים בצבא.

אלוף יעקב עמידרור:

לדעתי, לא היה מזיק, באופן עקרוני, בלי קשר לצבא, לעשות צירוף שהוא יותר טוב מאשר מצד אחד הדיוטות שנוטים להתרשם מכל הצגה של עורך דין, ומהצד השני שופטים ששרויים, מטבע הדברים, ב"בועה משפטית". בצבא, בגלל הייחוד שדיברתי עליו בהרחבה, יש חובה מיוחדת לשמור על כך שליד הבועה המשפטית של בית המשפט יהיו השופטים ההדיוטות.

תא"ל מנחם פינקלשטיין:

אבל אתה לא היית בועה כשישבת במשפטו של הטוראי הנפקד והיית סגן מפקד המודיעין?

אלוף יעקב עמידרור :

לא. יצא לי להיות שופט צד במשפט שהתנהל לגבי רס"רים שהיכו אסירים בכלא ארבע. תחשתי הייתה שהכרתי יותר מאיפה שהחיילים באים ופחות מאיפה שהרס"רים באים. הרגשתי שהיכולת שלי להבין את מה שהלך שם היא הרבה יותר חזקה מזו של השופט. לא בפירוש החוק, לא במציאת הסעיף הרלבנטי, אלא בהבנה של מה באמת היה בין הרס"רים האלה לבין החיילים האלה. התנאי הוא שהשופט ההדיוט הוא לא אדיוט. כעניין עקרוני, יש חשיבות גדולה מאוד בכך שליד השופט ישב אדם שמחובר למציאות של אותו משפט יותר חזק מאשר אותו שופט.

באשר למקרה הקיצוני שהציג אילן, שהיום שופטים את הנפקדים שופטים מקצועיים ולא מפקדים, הייתי מחלק אותו לשניים. לגבי עריקים הטוענים להתעמרות ביחידות, הייתי מחייב שישבו שם שופטי צד הדיוטות מתוך היחידות. לגבי עריקים שהסיבה אצלם לא קשורה ליחידה, וזה תקף לגבי 99% מהמקרים, כגון: מצוקות בבית, חוסר מוטיבציה לשרת וכו', השיקולים הם שיקולים של שופט מקצועי שיעשה זאת לדעתו יותר טוב מאנשי הצבא.

לגבי עבירות שנובעות מתוך השיפוט הצבאי הייתי מחייב שישבו בפנים שופטים הדיוטות.

אגב, במשפט האמור הייתי יותר קיצוני בעונש שהנאשמים צריכים לקבל מהשופט המקצועי. השופט הוותיק בוודאי ראה הרבה דברים כאלה בחייו ולא התרגש מזה. אני חשבתי שלטובת האווירה של הצבא צריך לעקור מהשורש כל נגיעה של אלימות ביחסים בין מפקדים לבין חיילים. יש חשיבות גדולה מאוד שבמשפטים כאלה שנוגעים לחיים הצבאיים מפקדים ישבו בתוך התהליך המשפטי.

השופט עודד מודריק :

בחברה האמריקאית יש לנאשם זכות לבקש שהמשפט שלו יתברר לפני השופט המשפטי בלבד. נאשמים מבקשים זאת מהסיבה הפשוטה שלשופטים המשפטיים אין שום רקע צבאי והכשרה צבאית, ולפיכך הם תמיד מקלים בעונשים לעומת השופטים מהמרינס.

אלוף יעקב עמידרור:

הגישה הנכונה של בית הדין הצבאי היא שהצבא צריך להיות מעורב בהליך השיפוטי כי לצבא יש אינטרס מעבר לאינטרס של החוק היבש. הצבא יודע שאם המערכת לא עבדה נכון, גם המערכת של המלחמה לא תעבוד נכון. לכן, אינטרס הצבא הוא מעבר להקטנת העוצמה של בית הדין ושל השופטים.

לדעתי, הקלות בעונש חטאו בחלקן לצבא. אם אני מחר רוצה לצאת למלחמה, אני רוצה שמפקדים יתעסקו במשימה ולא יתעסקו בביזה או בהרג של שבויים, כי מחר יהרגו את השבויים שלנו. כדי שהחיילים שלי יחיו אני צריך לשרש בצורה חדה את כל הנושא של הרג שבויים.

דווקא לי יש אינטרס להחמיר במקרים האלה, שכן אני מסתכל מעבר לשאלה מה העבירה. אני מסתכל גם איך זה ישרת את המערכת הצבאית.

יש תחושה שבמקרים מסוימים מערכת המשפט, גם הצבאית, עושה דברים מחשש מה יגידו, למרות שבקנה מידה צבאי אין להם הצדקה והם מזיקים ומפריעים לתפקודה של המערכת הצבאית. אנשים ישלמו על זה בדם, כי ברגע שקצינים יתחילו לחשוב במונחים של בג"צ ובמונחים של מה יקרה לי אחר כך, במקום להתעסק בהשגת המשימה, שזאת המטרה העיקרית, יתעסקו בהשגת ההוראה. השאלה היא לא "איך אני מבצע את ההוראה", אלא "איך אני מבצע את המשימה במסגרת החוק". האור שצריך להאיר את הדרך הוא אור המשימה להבדיל מאור ההוראה. אי אפשר להילחם אחרת. אם נכניס לתוך המערכת מושגים זרים, האם זה בגי"צ או לא בגי"צ, שיהפכו להיות חלק מאבן הבוחן של מעשה היום יום, נגיע לכך שבמקום לבצע את המשימה נכין את ועדת החקירה הבאה.

אל"ם אילנה שטרן:

דובר פה על עקרונות ועל דברים מאוד יפים, אך יש להבחין מהמציאות היום-יומית. שופטי הצד שמגיעים הם, בדרך כלל, הקצינים הפנויים יותר, ולפיכך אין הם משקפים את רוח הצבא. בדרך כלל, השפיטה אינה עומדת בראש מעייניהם של שופטים אלו, והם ממהרים לחזור למשרדיהם להמשך עבודתם השוטפת. יכול להיות, בהמשך לדבריו של האלוף שיף, שאם יוסיפו עוד כמה עבירות שהם פחות או יותר שגרתיות למסגרת העבירות שאפשר להסתפק בהן בשופט משפטאי, הרי שהצבא יטייב את רמת השופטים שמגיעים.

אלוף (מיל') רפאל ורדי :

אם לא ישתפו מפקדים בפנלים של השיפוט הצבאי ספק אם יש הצדקה לקיומו של שיפוט צבאי עצמאי. הרציונאל לקיומו של שיפוט צבאי עצמאי ונפרד הוא בכך שהעניין הוא עניין מיוחד. חיילים מוכנים להקריב את עצמם, חיילים לוחמים, חיילים מכשירים את עצמם ללחימה ומי שיכול להבין שיש עבירות צבאיות שקשורות בכך הוא מפקד. לכן, אין הרכב של מפקדים בלבד (חוץ מהשיפוט המשמעתית), אך יש הרכב מעורב של בעלי מקצוע משפטנים ומפקדים. קשה לי לראות הרבה עבירות שמפקד לא יהיה נוכח, לא ישמע ולא ישמיע ויחווה את דעתו.

אפשר כמובן להביא כל דבר לכלל גיחוך ואבסורד. אותם סיפורים מגוחכים ומצחיקים כמו שמרדכי דיבר עליהם, אני יכול לספר על משפטנים, שישבו לצידי בדין, ככה שאין זה קנה מידה. קנה המידה היחיד הוא האם יש צורך לצבא בכך שבמערכת השיפוטית ישבו אנשים שהם אנשי צבא ביסודם.

כשהייתי ראש אכ"א, התנגדתי להמלצה של מאיר שמגר בועדת שמגר, שנשיא בית הדין לערעורים יהיה משפטאי ולא מפקד. היום אני עדין בדעה שהנשיא צריך להיות מפקד ולצידו ישבו משפטנים. יש דברים, בתוך המערכת שצריך להביא אותם בחשבון. חשוב שמפקד יהיה מעורב במשפט ויחווה את דעתו. אני לא אומר שצריך להיות רוב, אבל צריך שיהיה מפקד שישב.

נשיא בימ"ע (בדימ') מאיר שמגר :

אני מודה לכולם. לא אסכם היות שהדעות כה שונות. רק אומר במספר משפטים את דעתי. ההערכה שלי לעתיד הרחוק יותר, שאם אכן ישתנו תנאי הביטחון בישראל יהיה לחץ גובר של התנערות מהשיפוט הצבאי הייחודי. אני כשלעצמי הייתי מקפיד על כך שההבחנה לצורך צמצום סמכות השיפוט תהיה בין עבירות צבאיות לעבירות פליליות שאינן צבאיות. יש עבירות פליליות שהן "צבאיות" מבחינת העובדות לא פחות מאשר עבירות צבאיות מסוימות ואותן יש להשאיר בערכאה צבאית.

לדעתי, בתי המשפט האזרחיים יתקשו גם לקלוט את המשפטים לטיפול באותו קצב המקובל בצבא. מסתבר שהקצב בצבא הוא ש – 80% מהמשפטים מסתיימים תוך אותה שנה. זה חלום ורוד מאוד בשביל בתי המשפט הכלליים ויקח הרבה זמן עד שזה יתגשם. שיקולי יעילות יהיו גם אז חשובים.

באשר לשיתוף שופטים לא משפטאים אני מאמין שמה שנבנה לראשונה, היינו שותפות בין הגורם המשפטי הצבאי לבין הגורם הצבאי הבלתי משפטי הוא בעל חשיבות, וכדאי להתמיד בה. אם עולים קשיים ארגוניים כפי שאני שומע, הרי זאת היא משימה של הגורמים המשפטיים הצבאיים להיפגש עם אלופי הפיקוד, להשמיע להם חלק מהדברים שהושמעו כאן ולעמוד על הקושי בשליחת שופטים, ובעקבות זאת שהאלוף יפנה אל מפקדי היחידות.

השופט המשפטן הצבאי, גם אם יהיה בעל הכשרה צבאית, אף פעם לא יחיה את הצבא בזמן תקופת כהונתו כמו שעושה את זה איש מהיחידה. כמובן שצריך להקפיד על כך שיבואו אנשים בעלי תבונה וניסיון. כמובן שצריך להקפיד על כך שיבואו אנשים בעלי תבונה וניסיון. זה דורש סינון, ובסופו של דבר יצירת רשימה משמעותית תוממה על ידי ראש המחוז השיפוטי. יש בכך חשיבות רבה מאוד, גם מבחינת תדמית הצבא, גם מבחינת הצדק קיומו של השיפוט הצבאי וגם מבחינת התועלת המעשית שמפיקים מכך.

מושב שלישי: המשפט הצבאי בראי חוקי היסוד

יו"ר: פרופ' מרדכי קרמניצר

פותחים: השופטת דליה דורנר;

אלוף אילן שיף, נשיא בית הדין הצבאי לערעורים.

פרופ' מרדכי קרמניצר:

המושב האחרון עניינו המשפט הצבאי בראי חוקי היסוד החדשים, אך לפני שתינתן רשות הדיבור למתדיינים, מבקש אני להשמיע מספר הערות.

ראשית, לדעתי, כאשר עושים כל מיני שינויים צריך לחשוב גם על השאלה לאן ההצטברות של השינויים האלה מוליכה, משום שלפעמים אתה עשוי למצוא את עצמך מוביל מהלך שלא רצית אותו מלכתחילה כתוצאה מהצטברות של שינויים. יחד עם זאת, יש להטיל ספק בטענה שאם השינויים מובילים לכיוון בו לא תהיה מערכת משפטית צבאית נפרדת יש להימנע משינויים. לדעתי, מערכות לא מתקיימות לטובת הקיום העצמאי והמיוחד, אלא הן צריכות איזושהי הצדקת קיום מעבר לזה.

שנית, ברצוני להעיר, כי אני מכיר את המשפט הצבאי היכרות די אינטימית (קרוב לשלושים שנה), ובדרך כלל כשמסתכלים אחורה אז נוטים לבוא ולומר "כמה יפה היה אז". בהקשר של המשפט הצבאי אני נוטה לומר הפוך. לדעתי, המשפט הצבאי התקדם והשתפר מאז הימים שאני זוכר אותו. אגב, אחד השינויים הקריטיים והמבורכים היה שינוי שנעשה במערכת בתי הדין הצבאיים בעקבות המלצת אחת מועדות שמגר, היינו: שינוי הדפוס של נשיא בית הדין הצבאי לערעורים ושינויים נוספים הכרוכים בכך.

הערה נוספת שברצוני להעיר, היא בנוגע להקשר הכללי של משפט, צבא וחברה. הצבא בוודאי צריך ללמוד היטב מה קורה בחברה, מה החברה רוצה, להיות מאוד קשוב להלכי הרוח החברתיים. יחד עם זאת, אני לא חושב שהצבא צריך לאמץ באופן מלא את כל מה שמתפתח בחברה. יש בהחלט דברים שקורים בחברה, שאם הצבא היה מצליח לשמור את עצמו מפניהם זה בהחלט היה דבר רצוי. לכן, גם העניין של הקליטה מהחברה אינו בלתי מסויג, שכן תלוי מה קולטים מהחברה. אני מניח, לפי ההתפתחויות החברתיות הצפויות, שיהיו לא מעט דברים מהחברה שלא יהיה נכון שהצבא יספוג לתוכו. אם קורה משהו בחברה בכלל ובצבא בפרט לקראת סוף האלף זה האובדן, הפגימה והפגיעה בסמכות בתור שכזו. לדעתי, בכל המערכות- החל מהמשפחה, דרך מוסדות חינוכיים, המשך

ביחסים בין האזרח למדינתו- העובדה שמשוהו בא ממקור סמכות (מהאב, מהאם, מהמורה, מראש הממשלה וכד') פחות משמעותית במידה ניכרת. מצב זה אינו יכול שלא לחלחל לצבא. גם הכוח של המפקד מעצם היותו מפקד נחלש, והוא ייחלש יותר בעתיד. מכאן, שהמפקדים יהיו צריכים להיות הרבה יותר טובים. האמון ויחס היראה והכבוד למפקד צריכים להיות מושתתים במידה יותר מכרעת לא על עצם היותו מפקד, אלא על אישיותו ואופן תפקודו, וזה מתקשר לנושא המושב.

יש לי הצעת אתגר למערכת המשפט הצבאית. בואו נניח שחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו כן היה חל עלינו. כלומר, נניח שאין שמירת דינים, אלא שהחש"צ צריך להיות מעוצב ברוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. תחת הנחה זו, לא צריך להביא מחר תוצרת, אלא יש לקחת את זה כאתגר של עבודה בת שנים אחדות ולהתאים את החש"צ לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. לדעתי, אם המערכת תעשה זאת אזי היא תעשה מפעל חשוב ומבורך מאוד.

השופטת דליה דורנר:

בהקשר של מושב זה, ברצוני להתמקד בשיקולים אתיים לקידום מפקדים.

בחוקת השיפוט תש"ח הייתה הוראה כי חזקה על חייל צה"ל שהוא דובר אמת. לימים בוטלה הוראה זו. ברם, צה"ל לא ראה את עצמו, ואף לא נתפס בעיני הציבור, כמכונת מלחמה. הוא ראה את עצמו, וכך גם נתפס, כצבא המטמיע בחייליו ובמפקדיו נורמות מוסריות - הן בהתנהגות בחיי היום-יום בתוך הצבא והן בעיתות מלחמה מול האויב. עמד על כך דוד בן גוריון, בראשית ימיה של המדינה: *"המלחמה והניצחון אינם אלא אמצעי למשהו אחר, חזון חיים חזון של קוממיות, חרות, שוויון ושלוש"*.

חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בשנת 1992 יצרה מציאות נורמטיבית חדשה: צה"ל, ככל רשויות השלטון, נדרש לכבד את זכויות האדם שעוגנו בחוק היסוד. בסעיף 1 לחוק היסוד נקבע, כי זכויות היסוד של האדם בישראל מושגות על ההכרה בערך האדם, קדושת חייו והיותו בן-חורין, והן יכולו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל.

השפעת חוק היסוד אינה נוגעת רק להגבלת הרשות המחוקקת וליצירת האפשרות של ביקורת שיפוטית. שכן, ביטול חוק הוא מטבע הדברים חריג. השפעת חוק היסוד בחיי היום-יום הינה בעיקרה פירוש התחיקה הרגילה והפעלת שיקול-דעת. מעמדו של חוק היסוד במישור זה נובע מסעיף 11 בו נקבע, כי כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק יסוד זה. חוק היסוד שינה את מערכת האיזונים שבגדרם הפעילו

רשויות השלטון, ובכללם צה"ל, את שיקול-דעתם. הוא הגביר את המשקל שיש לייחס לשמירה על זכויות היסוד של האדם ובמרכזן כבוד האדם.

מכאן, מתחייבת חובה מוגברת של צה"ל לשקול שיקולים אתיים בקידום מפקדים. מדיניות פנימית זו, המתחייבת מאופיו של צה"ל, הייתה בחברתנו, עובר לקבלת חוק היסוד, המדיניות הראויה. אך, משנתקבל חוק היסוד, חייב צה"ל לאמצה ולהפעילה. שיקול דעת צה"ל למנות את המפקדים הראויים בעיניו אינו מוחלט. על צה"ל, כרשות ציבורית, להפעיל את שיקול דעתו בשוויוניות ולהימנע מהפלייה. עליו לנהוג בהגינות וביושר. עליו לפעול על-פי סטנדרט התנהגות המצוי במתחם הסבירות. סטנדרט זה משקף, בין היתר, את האיזון הראוי בין השיקולים הרלבנטיים השונים על רקע תפיסות היסוד של משטרנו, שמהם מתחייב, כאמור לעיל, לתת משקל כבד לשיקולים אתיים. התעלמות משיקולים אלה וקידום מפקדים, שמבחינה מוסרית אינם ראויים, עשויים לפגוע באמון הציבור, וללא אמון זה ייפגע גם הביטחון. רשות שלטונית, לרבות הצבא, אינה מסוגלת למלא את תפקידה ללא אמון הציבור.

לא ניתן לקבוע רשימה סגורה של קריטריונים ושיקולים אתיים. שיקולים אתיים במינוי מפקדים נדונו בשני מקרים קונקרטיים שבאו לפני בית-המשפט הגבוה לצדק.

באחת העתירות כנגד מינויו של תת-אלוף למפקד עוצבה, התבקש בית-המשפט לפסוק, כי הנ"ל לא יקודם בסולם התפקידים. העתירה בוססה על חוות-דעתו של הפרקליט הצבאי הראשי והרמטכ"ל. מחוות-הדעת עולה, כי נגד אותו קצין נפתחה חקירה בעקבות ממצאים שנטענו בפסק-דינו של בית-דין צבאי, במשפטם של ארבעה קצינים, ובכללם מפקד הגדוד.

הארבעה הועמדו לדין על-כך שהוציאו מבתיהם תושבי מחנה פליטים באזור יהודה ושומרון, שנחשדו בהשתתפות בהפגנות אלימות, הובילו אותם לחורשה סמוכה, והכו בהם בכל חלקי גופם, בכוונה לגרום להם חבלות חמורות. אחד המוכים נפטר מהמכות. הקצינים העידו להגנתם, כי פעלו על-פי הוראת מפקדם. הקצין הנ"ל הכחיש זאת בתוקף, אך סירב להיבדק בפוליגרף בעניין זה. בית-הדין הצבאי המחוזי דחה את עדותו המכחישה של הקצין כבלתי אמינה.

הפצ"ר הגיע לכלל דעה, כי קיימות ראיות לכאורה מספיקות להוכחת ביצוע העבירות על-ידי אותו קצין, אך עם זאת, בנסיבות העניין, המליץ להסתפק בהליך של נזיפה ובהפסקת קידומו של הקצין בצה"ל. הליך הנזיפה האדמניסטרטיבי התקיים כמומלץ, ובסופו של דבר נזף הרמטכ"ל בקצין בשל כך שהורה לפקודיו להכות לשם ענישה, לא מנע מפקודיו הכאה בלתי-חוקית, ובשני מקרים אף הכה בעצמו עצורים. המלצתו של הפצ"ר כי הקצין לא יקודם עוד בדרגה לא התקבלה. הרמטכ"ל הסתפק בעיכוב קידומו של הקצין למשך שמונה-עשר חודשים בלבד. בשנת 1994 הועלה הקצין לדרגת תת-אלוף, ומונה לתפקיד של מפקד אוגדה.

הקצין עמד להתמנות לתפקיד אחר, באותה דרגה, ועל רקע זה הוגשה העתירה האמורה.

העתירה נדחתה ברוב דעות ללא בירור, דהיינו ללא הוצאת צו על-תנאי, נוכח הכחשתו של הקצין את המעשים המיוחסים לו, וכן בשל-כך שהעתירה הוגשה שלוש שנים לאחר העלאתו של הקצין לדרגת תת-אלוף, כחודש לאחר כניסתו לאותו תפקיד.

בדעת מיעוט סברתי, כי קיימות ראיות מנהליות מספיקות, וכי על-כל-פנים, מינוי לתפקיד פיקודי בכיר בצה"ל מי שבעברו שאלות קשות, הנוגעות ישירות לאותו תפקיד, עלול לפגוע קשות בשלטון החוק, ויש אינטרס ציבורי כבד משקל בבירור כשרותו. על-כן, יש לברר את העתירה, דהיינו להוציא צו על-תנאי.

אשר לשיקולים האתיים העשויים להביא לקבלת העתירה, ומאלה לא הסתייגו שופטי הרוב, כתבתי את הדברים הבאים:

"ביצוע מעשה עבירה הוא שיקול רלוואנטי בקידומו של קצין בצה"ל בסולם התפקידים והדרגות. הפצ"ר, בהמלצותיו, התחשב בנסיבות הזמן והמקום שבהם נעשו המעשים, ובתפקידו של הקצין, ונמנע מלהפעיל את סמכותו להגיש כתב-אישום, אלא בחר בהליך המשמעותי, הקל ביותר בסולם ההליכים. לאמצעי זה הוא הוסיף המלצה להפסיק את קידומו של הקצין, שמשמעותה סיום שירותו הצבאי. המלצת הפצ"ר לסיום השירות, שנועדה לאזן במידת-מה את אי ההעמדה לדין פלילי וההסתפקות בהליך משמעותי, נדחתה. ואולם, בכך שהמלצה זו לא נתקבלה, והקצין אף קודם בדרגתו בשנת 1994, אין כדי לשחרר את הרשות הממנה מלשקול את עברו. בגדר שיקולים אלה, היה על הרשות הממנה לתת את דעתה לכך, שמשקלם של מעשי העבירה של הקצין עולה, ככל שהמינוי הוא לתפקיד בכיר יותר. הפצ"ר כבר לקח בחשבון את הרקע למעשים (אינתיפאדה), בהחליטו לא להגיש נגד הקצין כתב אישום.

זאת ועוד, קיימת תשתית ברמה של ראייה מנהלית כי גרסתו המכחישה של הקצין, שעליה חזר לפני הרמטכ"ל, לא הייתה אמת. החומרה מתבטאת בכך, שמשמעות ההכחשה הינה גלגול האחריות על פקודיו. התנהגות כזו אינה עומדת בדרישה בסיסית מכל מפקד בצה"ל, ולא כל שכן ממפקד בכיר. כאמור, הרשות הממנה לא שקלה במינוי הנוכחי את עברו העמום של הקצין, ואף לא את העובדה שלא אמר אמת וגלגל את האחריות על פקודיו.

בכך יש יסוד להנחה שעבר זה לא יישקל אף לעניין מינויים עתידיים".

על-כן סברתי כי יש להוציא בעתירה צו על-תנאי.

כאמור, הייתה זאת דעת מיעוט, אך ניתן למצוא בדברים האמורים קריטריונים למינוי מפקדים.

העתירה השניה התקבלה לאחרונה נגד החלטת ראש המטה הכללי ושר הביטחון להעלות קצין בדרגה תת-אלוף לדרגת אלוף, זאת משום שבשנת 1995, הנ"ל, נשוי ואב לשלושה, קיים יחסי-מין עם חיילת ששירתה בלשכתו. הפעם, הקצין לא חלק על העובדות. הפצ"ר הביא להעמדתו של הקצין לדין משמעתי בגין התנהגות שאינה הולמת, והמליץ על עיכוב קידומו בתפקיד וברגה למשך שנתיים. כן המליץ לקחת בחשבון את התנהגות הקצין בפרשה גם לאחר אותה תקופה, כאשר הגורמים המוסמכים ישקלו את קידומו במערכת הצבאית. הקצין אכן הועמד לדין משמעתי וקידומו עוכב למשך שנתיים, כהמלצת הפצ"ר. כעבור שנה נוספת, הוחלט על קידומו לדרגת אלוף, לתפקיד בכיר.

בתשובה לעתירה נטען, כי הרמטכ"ל שקל את כל השיקולים הרלבנטיים, לרבות השלכת העלאת הקצין לדרגת אלוף, על תדמיתו של צה"ל. הרמטכ"ל הדגיש, כי צה"ל מייחס חשיבות רבה לטוהר המידות, אך לנוכח כישוריו הצבאיים יוצאי-הדופן של הקצין הוחלט על העלאתו בדרגה.

בית-המשפט הגבוה לצדק התערב, פה אחד, בהחלטה. נפסק, כי לא די בנזיפה ועיכוב הקידום לשנתיים כדי לבטא את מחויבות הצבא לעקרונות שהוא עצמו קבע. מחד, עמדת הצבא היא, כי יש לפעול בתקיפות ולנקוט יד קשה כנגד התופעה של התנהגות לא הולמת של מפקדים על רקע מיני, ומאידך, המשיב קודם לדרגת אלוף. יש בכך כדי לשדר מסר כפול.

בשני המקרים, הרשויות המוסמכות בצבא לא הדריכו את עצמן על פי חוות-דעת הפצ"ר. כידוע, עמדת הרשויות נבדקת על ידי היועץ המשפטי לממשלה. הדין הוא, איפא, כי על הממשלה ורשויותיה לקיים את חוות-הדעת של היועץ המשפטי לממשלה. אומנם, מעמדו של הפצ"ר במערכת צבאית היררכית אינו זהה למעמד היועץ המשפטי לממשלה. אולם, הפצ"ר הוא זה שהופקד על מדיניות אכיפת החוק בצבא. כפי שכבר נאמר על ידי השופטת ביניש, חוות-דעתו של הפצ"ר קובעת מבחינת רשויות הצבא את המצב המשפטי. כמפקח על השלטת המשפט בצבא, חייב הפצ"ר לפעול באופן עצמאי, בהתחשב בעניינים הייחודיים של השירות הצבאי, אולם בכפפות לדרכי השיטה המשפטית בכללותה. בעניין זה מונחה הפצ"ר על ידי היועץ המשפטי לממשלה.

שמירה על מעמדו הבלתי תלוי של הפצ"ר, ובעיקר קיום המלצותיו על ידי הרשויות הצבאיות, יבטיחו מדיניות מינויים בצה"ל שבגדרה ינתן המשקל הראוי לשיקולים

האלה. אם לא ייעשה כן, בוודאי יהיו פניות לבית-המשפט הגבוה לצדק. מן הראוי הוא שהצבא על מוסדותיו, בגדרם הוא מקבל יעוץ והדרכה מהפרקליט הצבאי הראשי, יוכל לבדו לקיים מדיניות ראויה. בתקווה זו אני מסיימת.

אלוף אילן שיף:

ב- 1992 אכן נפל דבר בישראל וקרה משהו שחולל מהפכה חוקתית. כדרכן של מהפכות, אנחנו בדרך כלל יודעים איך הן מתחילות אבל הרבה פעמים קשה לנבא ולדעת איך הן מסתיימות. לכן, כל מה שאנחנו יכולים לעשות עכשיו זה לתת תמונת מצב של מה שקרה לאחר 1992, תוך התמקדות בנושא הצבאי.

התזה שברצוני לנסות לפתח כאן היא: ראשית, המהפכה החוקתית לא נעצרה בשערי המחנה הצבאי, אלא להפך, חדרה לתוכו חדירה ממשית אולי אפילו יותר מאשר היא חדרה לחברה האזרחית.

שנית, המהפכה החוקתית נועדה לטייב ולהשביח את החברה בישראל בהאדירה את ערכי היסוד ואין צורך לומר שמבחינה זו השפיעה גם לחיוב על הצבא.

שלישית, הצבא חייב להטמיע ולהפנים את המהפכה החוקתית לא רק משום שהדבר משביח ומטייב, אלא משום (ואולי אפילו בעיקר) שבלי הטמעה של המהפכה החוקתית בתוך הצבא, לצבא ייגרם נזק אדיר מבחינת טובתו של הצבא. רוצה לומר: הטמעת המהפכה של ערכי היסוד בתוככי הצבא מאפשרת לצבא להמשיך ולהתקיים כצבא העם. היא מאפשרת לו לקבל גיבוי מהחברה. היא מאפשרת לו לגרום לכך שערך השירות הצבאי ימשיך להתקיים כערך של החברה הישראלית או של מרבית החברה הישראלית. אי הטמעה של ערכי היסוד בתוככי הצבא פירושה יצירת פער גדול בין החברה הנאורה בישראל לבין הצבא, יצירת ניכור בין הציבור הנאור לבין הצבא וכרוסום בערך השירות הצבאי. המהפכה החוקתית בתוככי הצבא, מבחינת טובתו של הצבא כצבא העם, היא לא רע אזרחי אלא טוב אזרחי.

כדי לבסס תזה זו, צריך להבין מה קרה לחברה בישראל בשנים האחרונות. על כך יש לא מעט ניירות עמדה ומחקרים שנערכו בצבא. אין חולק היום, לא בתוככי הצבא ולא מחוץ לצבא, שבמדינת ישראל ארעה במקביל למהפכה החוקתית שהיא קצרת ימים גם מהפכה אידיאולוגית או מהפכה חברתית.

החברה הישראלית צועדת לקראת האדרת האינדווידואליזם, להבדיל מהחברה הקולקטיביסטית והאידיאולוגית של שנים עברו. המוקד היום הוא הגשמה עצמית, מימוש עצמי, קרייריזם והשגיות. לעומת זאת, בשנים עברו עמדו במלוא הדרם הערכים של ההקרבה העצמית, הקולקטיביזם וכו'. ככל שה"אני" עומד יותר ויותר במרכז ההווה, הפרט יותר רגיש לזכויותיו ובמצב כזה הוא הרבה יותר פגיע. כשנפגעות זכויות הפרט,

ובהתחשב בנכונות הפרט להילחם למען זכויותיו, הרי לכם קונפליקט אדיר בין הפרט לצבא שהיה עלול להתפתח אילולא הצבא היה מיישם את המהפכה החוקתית גם בתוכו.

מהערכת מצב חברתית, שנערכה על ידי ממד"ה עולה שהצבא במצב החברתי של 1999 נבחן לא רק לפי הצלחותיו בשדה הקרב, אלא גם באפשרות שלו ליישם בתוכו את המהפכה החוקתית ולהטמיע את הערכים הבסיסיים, שהם בראש ובראשונה שוויון הנשים בצבא, שמירה על זכויות הפרט ועוד.

מכאן, שעל מנת למנוע קונפליקטים בין הפרט לבין הצבא ועל מנת שלא ייווצרו פערים בין דרישות החברה הנאורה לבין הצבא, הצבא צריך להפנים יותר ולהטמיע את המהפכה החוקתית.

גורם נוסף, שהוא מאוד מהותי בדיון על הטמעת ערכי היסוד, הוא העובדה שהחברה הישראלית הופכת ליותר ויותר משכילה. דור '99 הוא יותר משכיל. אפילו בדפ"ר הוא יותר גבוה מאשר דור '73. יש לכך גורמים רבים, כולל העלייה מחבר המדינות, אבל לא רק. ככל שהדור יותר משכיל יש לו מודעות יותר גבוהה לזכויותיו וגם נכונות להילחם למענו. ושוב, אי הטמעת הערכים פירושה קונפליקט בין אותו דור שמשכיליו רבים יותר לבין הצבא.

מכנה משותף לאמור לעיל, ומה שאפשר את המהפכה החברתית הסוציאלית או הסוציולוגית במדינת ישראל, הוא העובדה שהרגשת המצור הולכת וחולפת. הדור הזה כבר לא מקבל את מה שקברניטיו ומפקדיו אומרים לו על מצב הביטחון, אלא הוא דור יותר מתלבט, יותר מהרהר, יותר חושב, ופחות מוכן לקבל ולהקריב. זהו דור שכל דבר צריך להבין למה ואסור ליצור בינו לבין המערכת קונפליקטים נוספים על ערכי השיטה.

ממחקר שבחן את ההבדלים בין דור '98 לבין דור '73, באמצעות שאלונים שהועברו בין אנשי וחיילי הקבע, עולה בהחלט המגמה שהדור הזה הרבה יותר רגיש לזכויותיו והרבה יותר פגיע כאשר הוא מרגיש ששוללים את זכויותיו.

בעקבות ממצאים אלו התחיל צה"ל לעסוק באופן מאוד אינטנסיבי בנושא צבא וחברה והוקמו ארבעה צוותים בראשות אלופים שנדרשו אל כל הסוגיות והקונפליקטים שבין צה"ל לבין החברה. כאחד מראשי הצוותים, ברצוני לציין, כי המסקנות של צה"ל עד כה הן מאוד מפורשות: האתגר הוא לרתום את הפרט לשירות אפקטיבי, מבלי לשחוק את זהותו ותוך שמירה על כבודו כאדם. מסקנה נוספת, הינה יצירת עיסוק אינטנסיבי בסוגיית כבוד האדם- דבר הבא לידי ביטוי בהשקת פרויקט מוביל בצה"ל בנושא כבוד האדם וחירותו במסגרתו ייושם חוק היסוד, הקדשת שבוע המשפט השנה לסוגיית כבוד האדם וכד'.

ויודגש, אני מדבר על כבוד האדם בצה"ל, בעיקר משיקולים של כדאיות המערכת. ברור שלגבי יתר השיקולים אין צורך להכביר מילים בפורום זה. ברור שזה יותר טוב, יותר נאור, יותר משובח וכו', אך כאן מושם הדגש על הכדאיות המוחלטת של צה"ל לקדם נושא זה.

היום, סוגיית ההטמעה וההפנמה של כבוד האדם בצה"ל היא יותר ברורה. לפני מספר שנים, כאשר ההטמעה בחברה הישראלית הייתה בחיתוליה, ביטחון שדה טען שלא ייתכן שלכל חייל בכל מקום יהיה טלפון סלולארי. הונחה לפניי, כפצ"ר דאז, טיוטת חוות דעת ופקודת מטכ"ל שמתכוונת לאסור את השימוש בטלפון סלולארי בכל מקום בצה"ל. לפי הצעה זו, חייל לא ישא בשירותו במחנה צבאי או בשטח שהצבא מתאמן בו טלפון סלולארי. זכורני, כי כאשר ניסינו להסביר מה זה חוק היסוד, חופש הקניין וזכות הדיבור נפתחו לעברנו עיניים בוהות ופעורות. בסופו של דבר, כמובן, הצלחנו לשכנעם וההצעה לא התקבלה.

אותו דבר ארע, כאשר מפקדים רצו למנוע מחיילים להגיע ברכב פרטי לבסיס, בטענה שיש בכך יותר סיכוי לתאונות דרכים. כשהסברנו את חוק היסוד, שוב לא הבינו על מה אנו מדברים.

כנ"ל, כאשר הגענו למסקנה שאין זה ראוי ומנוגד לחוק היסוד לעצור חייל שמשתמש פעם אחת בחשיש בחייו האזרחיים (בבית, בחופשה וכו'). כשכינסנו את ועדת הסמים, לצורך דיון בהשלכות של זה, פשוט לא הבינו על מה אנו מדברים כשאמרנו "חוק היסוד". למרות זאת, הנחינו את התביעה לא לבקש מעצרים בנסיבות דלעיל.

בתחילה, הדבר התקבל בצורה מאוד לא בהירה בין מפקדים בצבא, אך לא חלף זמן רב וכל המערכת הורגלה למהפכה. היום בתי הדין הצבאיים הגמישו מאוד את כל מדיניות המעצרים בתוככי הצבא: עוצרים הרבה פחות בגין עבירות סמים (גם על יותר משימוש חד פעמי מזדמן לא עוצרים), ואפילו בגין עבירות שימוש בלתי חוקי בנשק. המהפכה בסוגיית המעצרים באה לידי ביטוי גם בהרחבת רעיון המעצר הפתוח. ישנם מקרים שבהם היה נהוג בעבר לעצור במעצר סגור, ואילו היום עוצרים במעצר פתוח ביחידה. כמו כן, חוק השיפוט הצבאי פורש באופן שמאפשר שחרור בערובה של נפקדים אנשי מילואים, כאשר בעבר הפרשנות המקובלת הייתה שאי אפשר לשחררם. בנוסף, קוצרו מאוד תקופות המעצר עד להבאה בפני שופט. בשנת 1982 היה אפשר לעצור חייל עד ל-35 ימים לפני הבאה בפני שופט. היום אנחנו במצב שהחוק קובע תקופה של 96 שעות (גדון בבג"ץ).

בנוסף, שונו הכללים בדבר מרשם פלילי כך שכיום רושמים פחות עבירות במרשם פלילי. כן, צומצמו סמכויות מפקדים בפקודות הצבא בנוגע לריתוק חיילים. פעם כל מפקד היה יכול להשאיר חייל בבסיס לפי ראות עיניו כי לצאת לחופשה נחשב לפריבילגיה. היום יש

זכות שימוע, צריך אישור של סגן אלוף ואם מרתקים אז אסור לשפוט על אותו דבר בדין משמעתי.

משמעות נוספת של המהפכה החוקתית היא, למשל, בסוגיית זכותו של חייל להתייעץ עם עורך דין והחובה להודיע לו על כך. בצבא הרחיבו את זכותו של חייל לעומת אזרח ויש חובה להודיע לו על זכות ההיוועצות כבר בשלב בו ברור שהוא ייעצר. הסנגוריה הצבאית היא גם הרבה יותר זמינה מאשר הסנגוריה האזרחית- והרי לכם מהפכה.

בעבר, כשהיינו מגיעים לדרג הבכיר בצבא ואומרים: "זה לא ראוי", הם היו אומרים לנו: "זה כן ראוי". היום, לאור התערבות בג"צ והמהפכה החוקתית, כאשר המשפטן בא למפקד ומדבר אתו על ראוי, יש יותר נכונות לשמוע.

דוגמא קלאסית לכך, היא ביטול או הדממת בית המשפט הצבאי בלוד. אני בטוח שאם היינו פונים לרמטכ"ל לפני מספר שנים, ואומרים לו כי לא ראוי שמדינה בת חמישים שנה תמשיך לשפוט אזרחים בבית משפט צבאי לפי תקנות הגנה, זה לא היה עובר. כיום, יש הרבה יותר נכונות של המערכת לשמוע טענות של "ראוי".

לדעתי, המהפכה החוקתית תתגשם בצה"ל רק כאשר נושא כבוד האדם וחירותו יופנם גם ביחסים שבין מפקד לפקודו, דהיינו: כשהיו פחות התעללויות, כשתהיה פחות הפעלת שיקול דעת בשררה, כשישמר יותר כבוד החייל, כאשר תהיינה פחות הטרדות מיניות, כאשר תהיה התנהגות יותר שוויונית וכאשר יופעל שיקול הדעת ביתר סבירות. רק אז תתחולל באמת מהפכה חוקתית גם בתחומים שהם יותר בין אדם לחברו, או יותר נכון בין מפקד לפקודו.

כאמור, אחד הפרויקטים המובילים בנושא צבא חברה הוא לנסות להפנים את הנושא של כבוד החייל. ברגע שכבוד החייל ייחפך, כפי שאני מקווה, לנושא מהלכי שיעור בקורסים ובבתי ספר, וקציני החינוך, המשפטנים והמפקדים בתוך הצבא יתודרכו על פיו- תהיה לכך השפעה ישירה בנושא של מפקד ופקודו.

אי אפשר להתעלם מכך, כי הצבא הוא חברה מיוחדת במינה מבחינת מבנה ארגון הנורמות שבו. לכן, צריך לייחס את מלוא החשיבות לפסקת ההגבלה- סעיף 9 לחוק היסוד- לפיה אסור לפגוע בזכויותיו של חייל אלא במידה הנדרשת מתוך מהותו ואופיו של השירות הצבאי.

דוגמא קלאסית לכך, היא הדין המשמעתי. במושגים הנאורים הרגילים של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הדין המשמעתי לא יכול להתקיים אפילו לרגע אחד בצבא. אין בו כללי צדק טבעיים, ואם יש בו הם מינימליים. הדין המשמעתי הוא ללא זכות שימוע

רצינית וללא זכות ייצוג. ניתנת סמכות למפקד להכניס מישהו לכלא עם מינימום של דיון משפטי.

במונחים הרגילים של חוק היסוד, אי אפשר היה להשליט את הדין המשמעתי בצבא אלא אם כן היו עושים בו שינוי אדיר. אולם, עפ"י פסקת ההגבלה המיוחדת לצבא ולאור מהותו ואופיו של הצבא, אם אכן רואים בדין המשמעתי כלי פיקודי ומבינים שהיחוד של הצבא הינו בכך שצריך בו משמעת ברזל, אז מבינים שמשמעת מושגת, בין השאר, באמצעות הדין המשמעתי.

אין זה אומר שלא צריך לעשות שינויים בדין המשמעתי. צריך להתאים את הדין המשמעתי יותר לרוח התקופה. הוא לעולם לא יהיה מושג נאור של שיפוט אמיתי. תמיד יהיו בו עיוותים אם מודדים אותו ללא פיסקת ההגבלה הצבאית.

תא"ל (מיל') דב שפי:

כדאי להזכיר בהקשר זה כי הסמכות הניתנת לפצ"ר, ואחרי התיקון גם לפרקליט הצבאי הפיקודי, לתקן פסקים בדין משמעתי מאפשרת ליישב יותר את העניין של שמירה על כבוד האדם וחירותו.

כמי שהפעיל את המכשיר הזה ארבע וחצי שנים, ברצוני לציין כי הכלים של הפצ"ר הם מאוד דלים. פצ"ר, המגיע למסקנה שהמעשה אינו מהווה עבירה, מגיע לכך לא משום שהוא דן ונכנס לעומקם של דברים. הפצ"ר לא פותח את הדין המשמעתי מחדש, אלא מפעיל את סמכותו רק כאשר על פניו המעשה אינו מהווה עבירה.

אם החייל נשפט על שזבע את שערו לבלונדיני, אז הפצ"ר יוכל לבטל את הדין המשמעתי, כי זה באמת לא מהווה עבירה.

אבל, אם החייל הנשפט יבוא ויאמר: "הרס"ר העליל עליי שלא צייתתי לפקודתו", והרס"ר עומד על דעתו, הרי שהדין המשמעתי זהו כלי פיקודי המשמש להשגת משמעת, ולא ניתן לשלול מהמפקדים את סמכויותיהם. כך אמר בית המשפט העליון כשטענו לפניו: "איך זה יכול להיות שהמתלונן הוא השופט".

סוגיה נוספת, עוסקת בקטע מסוים בסעיף 9 לפסקת ההגבלה הצבאית. כידוע, לגבי "המשרתים בצבא הגנה לישראל" יש פסקת הגבלה מיוחדת. אני אינני יודע אם סעיף 9 הודן בפסקת ההגבלה הצבאית אכן מתייחס ל"כל המשרתים בצבא הגנה לישראל", במובן הצר, דהיינו חיילים בחובה, קבע ומילואים או במובן הרחב, היינו כל מי שחוק השיפוט הצבאי חל עליו (לרבות אזרחים העובדים בשירות הצבא, מי שנמצא כדין במשמרת הצבא, מי שנמסר לו נשק מטעם הצבא, ואולי גם שבוי מלחמה?)

כאשר לאזרחים העובדים בשירות הצבא או במפעל המשרת את הצבא לכאורה פשוט להתנגד להחלת פסקת ההגבלה עליהם כי יש להם ועד עובדים והסדרות והם בעצם כמו

אזרחים רגילים. לכן, פסקת ההגבלה ה"צבאית" מן הראוי שלא תחול עליהם ויש להקנות להם אותן זכויות כפי שהן ניתנות לאזרחים רגילים. אבל אם זה המצב, אני מתקשה להבין מדוע בסמיכות ל"משרתים בצבא הגנה לישראל" פסקת ההגבלה ה"צבאית" הוחלה גם על אלה העובדים בשרות בתי הסוהר. במה הם שונים? זו בעיה שבודאי תידון בבוא היום.

יש עוד שאלות שלא התעוררו, למשל, השאלה האם כאשר יש פגיעה בזכויותיו של חייל חל רק סעיף 9 המפורסם (בדיקה אם זה לא עולה על הנדרש ממהותו ומאופיו של השרות הצבאי)? האם המחוקק ויתר על הדרישה שהפגיעה תהלום גם את ערכיה של מדינת ישראל ותהיה לתכלית ראויה? האם סעיף 9 הוא רק לעניין המידתיות? אלו סוגיות שלהפתעתי לא התעוררו. בבוא היום הן יתעוררו וכמובן נצטרך לתת על זה את הדעת.

ד"ר אריה כרמון:

אני מסכים עם המסקנות וההשלכות הנורמטיביות, ואולם אני תוהה לגבי הדיאגנוזה. ברצוני להתייחס לכך מתוך התמודדות עם השאלה עד כמה הצבא הוא ראי של החברה גם בתחום המשימות החברתיות שמוטלות עליו, להבדיל מהמשימות הבטחוניות. כאן ברצוני להתווכח עם הדיאגנוזה.

במכון זה (המכון הישראלי לדמוקרטיה) ובסביבתו, יש מי שלא מקבלים את המושג "מהפכה חוקתית". יש כאן דיון די נוקב על עצם המושג, על המשמעויות שלו וכו'. אגב, כהיסטוריון, ידוע לי, כי מהפכה מוגדרת בדרך כלל כאקט מתוכנן מראש, שבא להרוס מציאות קיימת ולהקים במקומה מציאות אחרת. ישנם היסטוריונים שגורסים, כי אחרי אקט המהפכה יש תמיד קונטרה, שמחזירה אותנו אחורה. אני לא חושב שאפשר לזהות את הדברים האלה במקרה שלנו.

הייתי מציע לדבר במונחים יותר מאופקים, כמו "תהליכים חוקתיים", שמשנים את המציאות החוקתית. אין ספק שחוקי היסוד, ובעיקר חוק יסוד: כבוד אדם וחירותו, חוללו שינוי ברמה של הפסיקה, ואפשר אפילו ברמה של החדרת תפיסות נורמטיביות.

יש ויכוח לגבי מקומו של בית המשפט העליון בגיבוש התשתית הנורמטיבית. למשל, אם וכאשר נידרש להכריע במתח שבין "יהודית" ו"דמוקרטית". לדעתי, בשונה מהמציאות האזרחית בה אפשר להתווכח איפה מוקד הדיון הערכי (האם הוא בית הנבחרים, האם הוא השיח הציבורי, מה התפקיד של הפסיקה מול התהליכים האלה), הרי שלגבי הצבא הייתי מציע לראות בו בעל משימות ייחודיות.

שני דברים משמעותיים שינו את המציאות במסגרת הצבאית לעומת מה שהיה לפני כמה עשרות שנים. באחד מהם נגע אילן שיף, כלומר השינוי הערכי לגבי מקומו של היחיד. מדברים יותר על זכויות לעומת חובות, הגישה היא יותר אינדיווידואליסטית מאשר קולקטיביסטית. מתייחסים יותר עם אוריינטציה של הווה מאשר אוריינטציה של עתיד. זאת מציאות שהחברה הישראלית עוברת אותה. מרדכי קרמניצר, מתייחס לפיחות במשמעות של הסמכות, שזה חלק מתהליכים אלה.

שינוי נוסף, והדברים נאמרו בהקשר אחר על ידי דן חלוץ, הינו כי היום מרבית המפקדים בצבא לא התנסו לאחרונה מקצועית, כלומר, בקרבות ובמלחמות. העובדה שאנחנו נמצאים בתהליך של שלום משנה את התפישה של הצבא בעיני החברה וגם את התפישה של הצבא בעיני עצמו.

אני מכוון מתוך שתי ההערות האלה לדבר אחד: הצבא הוא המסגרת האחת והיחידה שבה היחיד נקרא להקריב את חייו לפי חוק גיוס חובה. כאשר האוריינטציה היא קולקטיביסטית, כאשר המסגרת הנורמטיבית היא כפי שהייתה לפני כמה עשרות שנים וכאשר האיום החיצוני הוא איום מוחשי - יש משמעות מיוחדת להקרבת החיים.

כאשר אנו חיים במציאות של היום, נוצר מתח עמוק מאוד סביב עצם המושג של הקרבת החיים. הוא לא מופשט אלא מוחשי. חיילים נופלים בלבנון, חיילים נופלים בפעולות מבצעיות כאלה ואחרות, חיילים נופלים באימונים וכך הלאה.

ואולם, דווקא משום כך, הצבא כראי של החברה, מאפשר בהחלט לעגן בצורה הרבה יותר סובסטנטיבית את הסוגיות של כבוד האדם ומסגרות נורמטיביות אחרות.

הדברים מתקשרים עם נושא אחר שהוא חוק יסוד הצבא. לדעתי, ראוי היה לרענן את חוק יסוד הצבא, להתאים אותו למציאות החברתית של היום ואולי להתמודד בעיקר במישור הנורמטיבי עם הסוגיה.

השופטת דליה דורנר:

חוק היסוד, בד בבד עם התפתחויות בחברה שלנו, יצרו מציאות שהיא היום מציאות קיימת. השפעת חוק זה לחיי היום-יום היא אדירה. עזבתי את הצבא בשנת 1980, ונדהמתי מדבריו של אילן, שכן זו מציאות שאני לא מכירה אותה בצבא.

האווירה במדינה שלנו השתנתה בצורה קיצונית. תקרא לזה מהפכה, תקרא לזה תהליך, תקרא לזה כפי שאתה רוצה. אני תולה את זה הרבה בחוקי היסוד, מפני שאולי המחוקקים לא התכוונו לתוצאה הזו, אבל היא נוצרה. היא יצרה אווירה שגם אנשים שמתנגדים לכך רואים חובה להצטדק, אווירה של חובה לשמור על זכויות.

לסיום, מאוד חשוב לחזק את מעמד הפרקליט הצבאי הראשי והחזוק העיקרי שלו הוא בכך שמאחוריו עומד בית המשפט הגבוה לצדק. מוטב שהדברים ייגמרו בפנים, אם עצה נכונה של הפרקליט הצבאי הראשי תתקבל, מאשר יגיעו אלינו. בכך אני רואה חשיבות למוסד שלנו לעניין הספציפי בו אנו דנים.

אלוף אילן שיף:

אני מצטרף לכל מה שנאמר, ובמיוחד לדבריו של אריה כרמון בנוגע לכך שהצבא צריך להיות גם מוביל. יש ויכוח גדול איפה הצבא צריך להוביל ואיפה הוא צריך להיות מוביל. ברור שמה שקשור לנורמות הבטחוניות הצבא צריך להיות מוביל. אין תמימות דעים בשאלה אם גם בנורמות חברתיות הצבא יוכל להוביל אם הוא ירצה בכך. אני לא יודע להגיד אם הצבא היום במעמדו יכול להוביל תהליכים חברתיים או שינוי דפוסי חשיבה. הלוואי שזה היה נכון, אך אני לא בטוח שזה אפשרי.

פרופ' מרדכי קרמניצר:

אני רוצה להודות לשופטת דורנר ולאלוף שיף. לפני הנעילה ברצוני להודות ליוזם היום הזה, מפקד בית הספר למשפט צבאי, אלוף משנה עודד פסנזון על הרעיון ועל שיתוף הפעולה בארגון היום הזה, ולכל מי שטרח ובא. תודה ולהתראות.

חוקת השיפוט של בסיס עליה מס' 1 (מרסיל)

צבי ענבר*

כתיבת החוקה והפעלתה

במשך קרוב לחמישה חודשים (1.3.48 – 20.7.48) פעל במרסיל בסיס עליה מס' 1, אליו נשלחו עולים המיועדים לגיוס. בבסיס מיינו את המתייצבים, החתימו את הראויים לגיוס על התחייבות לשרת בצבא, אימנו וצירפו אותם לאחת מיחידות המגויסים. הבסיס שלח ארצה כעשרת אלפים עולים.

יהודה בן-דוד¹, מפקד הבסיס, מספר:

"אחת הבעיות הקשות שהיה עלינו לפתור היתה בעיית השיפוט. היתה זו יומרה גדולה מצדנו לקבוע לעצמנו ולאחרים סמכויות ענישה, אלא שלא היה מזה מנוס. בלי קביעת מסגרת לא היה כל עונש אלא שרירות לב...

זימנתי אלי את אביעזר שלוש, סטודנט שלמד משפטים ועתה פיקד על אחד ממחנות העליה במרסיל (מחנה אימונים 'דפנה'), כדי לקבוע יחד אתו דפוסי שיפוט. לאחר דיון ממצה ושקילת הדברים, הבטיח אבי להגיש תוך זמן קצר הצעה לחוקת שיפוט, שתהא דומה בעקרונותיה לזו של ה'הגנה'. אבל מכיוון שהיו כאן מספר בעיות שונות באופיין, ועלינו להביאן בחשבון, תיושם החוקה ותותאם לצרכים המקומיים. קבענו שמטרתה של החוקה היא להבטיח את הנפש והרכוש של כל אחד מהנמצאים במחנות, את הסדר והמשמעת, את יעילות הביצוע, ולשמש גורם מחנך"².

* תא"ל (מיל'). לשעבר, סניגור צבאי פיקוד דרום; תובע צבאי פיקוד מרכז; יועץ משפטי ברצועת עזה; פרקליט פיקוד מרכז והפרקליט הצבאי הראשי. בוגר תואר שני במשפטים, האוניברסיטה העברית. כיום, היועץ המשפטי לכנסת.

¹ מפקד ה"הגנה" בצרפת וצפון אפריקה ב-1948. תאר את שליחותו באירופה בספריו **חרב בנכר** (משרד הבטחון, הוצאה לאור) תשל"ח-1978; ו**שליחות ההגנה באירופה** (הוצאת המרכז לתולדות כוח המגן-ההגנה ע"ש ישראל גלילי רמת אפעל והוצאת תג) תשנ"ה-1995. רואיין ביום 27/7/86.

² חרב בנכר, לעיל הערה 1, עמ' 283; שליחות ההגנה באירופה, לעיל הערה 1, עמ' 127.

מטרות אלה נכללו במבוא לחוקה.

עו"ד אביעזר שלוש מספר³:

"הוסמכתי כעו"ד ב- 1947 ונסעתי לפריז ללמוד מדעי המדינה. ערב מלחמת השחרור גוייסתי, נטשתי לימודי וירדתי לדרום צרפת, למחנות האימונים למגוייסי חו"ל, שם שימשתי כמפקד אחד המחנות. יום אחד פנה אלי יהודה בן-דוד. היתה בעיה, בעיקר ב'גרנד ארנס', מחנה המעבר הגדול שאליו הגיעו העולים, בו נרשמו וחויילו, וממנו נשלחו למחנות האימונים. היו במחנות בני גילים ותרבויות שונות והיה קושי של המפקדים להשתלט על בליל האנשים. 'בלי חוקה', אמר לי, 'קשה להחזיק את העסק'.

'שב וכתוב!' קיבלתי פרק זמן של 24 שעות, הסתגרתי בבית מלון במרסיל מערב עד בוקר וכתבתי. הייתי אמנם חבר ב'הגנה', עברתי בה קורסים והדרכתי, אך לא היה לי אז כל קשר למשפטים ב'הגנה'. לא היתה בפני חוקה כלשהי או מסמך אחר והחוקה אשר כתבתי התבססה על הידע המשפטי הכללי שהיה לי ועל שיחתי עם בן-דוד, בה נקבעו תופעות המשמעת בהן יש לטפל והותוו באופן כללי עקרונותיה- חוקה שניתן לפעול לפיה במצפון נקי שלא ייעשה עוול לנושא ולא לאנשים שהועמדו לדין".

ברוב המשפטים שהתקיימו היה מפקד המחנה או מפקד כלשהו מופיע כתובע. לא זכור לבן-דוד שהיו סניגורים וכנראה שלא הספיקו לקיים ערעורים. זכור לו כי במשפטים חמורים, בהם הוטל עונש מוות, ישב 3-4 פעמים. פסקי הדין לא בוצעו והנדונים נשלחו באוניות, תחת משמר, ארצה, שם נתקיים בדרך כלל משפט חוזר. לבן-דוד זכור מקרה של בחורה שעבדה כאחות במרפאה של מחנה צריפין ונתברר שהיא עוסקת בריגול למען רשת בלגית שעבדה עבור הבריטים⁴. נערך לה משפט, הוצא גזר דין מוות, היא נשלחה ארצה, אך לא זכור לו מה גורלה.

³ ראיון במשרדו בת"א ביום 10/8/86.

⁴ על הסתננות מרגלים למחנות סיפר בן-דוד גם לבן-גוריון **יומן המלחמה ב'** (משרד הבטחון, 1982), עמ' 635.

תוכן החוקה

החוקה כוללת מבוא בן שתי שורות המסביר את מטרותיה, כפי שהובאו בדברי בן-דוד לעיל, וכן שני פרקים קצרים⁵.

העבירות על המשמעת הצבאית ועונשיהן

1. **העבירות הקלות** - פגיעות בסדר התקין של המחנה, כגון: חוסר ניקיון, התרשלות באימונים ובעבודה וכיו"ב.

תובאנה בפני **בי"ד דיסציפלינרי** שיוכל להטיל את **העונשים** הבאים: אזהרה חמורה, תוספת עבודה ותורנות, תוספת שמירה, הפסקת עישון ל- 4 ימים, מעצר בית ליומיים.

2. **העבירות** - הפרת משמעת חמורה כגון: היעדרות מהמחנה ללא רשות, זלזול בכבודם של ממלאי תפקיד, אי ציות לפקודה וכו'.

תובאנה בפני **בי"ד פלוגתי** או **בי"ד של המחנה**.
העונשים: מביטול חופשה או מנוחה ועד ל- 3 ימי מאסר.

3. **הפשעים** - עבירות המסכנות את עצם מפעל ההתגייסות או את שלום ממלאי התפקידים בו:

א. **פשעים רגילים**: שכרות, זנות, עריקה (העדר של למעלה מ- 24 שעות), גניבה, שימוש בכוח, התמרדות.
העונשים: 5 ימי מאסר, הוצאה מחפירה משורות הצבא או הורדה מדרגה.

ב. **פשעים המסכנים את שלום האומה**: רצח, בגידה, ריגול, הטלת מום במגויס.
ביה"ד לפשעים חמורים יוכל לפסוק עונש מוות או פגיעה בגוף. עונש מעין זה טעון אישור מפקד אירופה.

⁵ ארכיון צה"ל, תיק בסיס עליה מס' 1 (מרסיל), נספח מס' 8 לדו"ח העבודה; ארכיון תולדות ההגנה, תיק 672/105.

דיון ופרוצדורה

1. הרכב בתי-הדין וסמכויותיהם

- א. ביה"ד הדיסציפלינרי - מפקד המחנה או סגנו. דן בעבירות הקלות.
- ב. ביה"ד הפלוגתי או ביה"ד המחנה - מוסמך לדון בעבירות. הרכבו: אב"ד - מפקד מחנה הנאשם או סגנו; חברים - מפקד מחלקה אחרת מזו שבה משרת הנאשם וחייל בדרגת הנאשם. הפרוטוקולים יגיעו לידיעת מפקד הבסיס.
- ג. ביה"ד הצבאי הגבוה - מוסמך לדון בפשעים שאינם מסכנים את שלום האומה. הרכבו: אב"ד - קצין מטה; חברים - בא כוח הציבור ("החלוץ") וחייל בדרגת הנאשם. אם האב"ד יחלוק על דעת שני השופטים האחרים, יובא הדבר להחלטת מפקד הבסיס.
- ד. ביה"ד הצבאי לפשעים חמורים - מוסמך לדון בפשעים המסכנים את שלום האומה. הרכבו ייקבע ע"י מפקד הבסיס. ביה"ד לא יהיה כפוף לכללי הפרוצדורה הנוהגים בבתי-דין צבאיים, בתנאי שלנאשם תינתן זכות להגן על עצמו. אישור עונשים - עד גירוש ומניעת עליה וכן עונש גופני - מפקד הבסיס. פסקי דין חמורים יותר - מפקד אירופה.

2. כללי הפרוצדורה

- א. ביה"ד הדיסציפלינרי - התובע: המ"מ או קצין תורני. לפסה"ד תוקף מייד. אין ערעור.

ב. ביה"ד הפלוגתי או ביה"ד מחנה –

התובע: המ"מ או קצין תורני. שלבי המשפט הם: כתב אישום, חקירה, חקירה שכנגד, סיכומי תביעה וסניגוריה, ראיות להקלה בעונש. פסה"ד ניתן ברוב דעות ויפורסם בפקודות היום.

ג. ביה"ד הגבוה-

התובע: מפקד המחנה או אדם שימונה לתפקיד זה. פרוצדורה כמו בבי"ד מחנה. פסה"ד טעון אישור מפקד הבסיס או סגנו.

ד. פסקי-דין-

עליהם להיות מפורטים, מנומקים וחתומים. דעת המיעוט תיכלל בפסה"ד ולא בפס"ד נפרד.

ה. אישור פסה"ד-

כל פס"ד יועבר למפקד הבסיס. פס"ד של 3 ימי מאסר וכל פס"ד של ביה"ד הצבאי הגבוה וביה"ד הצבאי לפשעים חמורים ייכנס לתקפו רק לאחר אישור מפקד הבסיס או ממלא מקומו (בהעדרו).

ו. ערעורים-

- אין ערעור על פס"ד ביה"ד דיסציפלינרי.
- ערעור על ערכאה אחרת- תוך 24 שעות.
- מפקד הבסיס יאשר בקשת ערעור רק במקרים של פרוצדורה בלתי חוקית, הרכב בלתי חוקי של ביה"ד ועיוות גס.
- ערכאת הערעור- ביה"ד בדרגה גבוהה יותר.

פרוטוקול מושב ביה"ד מיוחד מיום 5.5.48

מבין המשפטים שנערכו במרסיל, שרד בידינו פרוטוקול שלם אחד, אשר יובא להלן:

"השופטים: אבשלום (יהודה בן-דוד)- אב"ד, אלי, מתי (אורן).

התובע: מפקד מחנה טירת צבי.

הנתבע: * * * , מ"כ , מד' (מדריך- שלי ע.צ) במחנה טירת צבי.

מהות האשמה-

1. עבירה חמורה על חוקי הזהירות;

2. גרימת נזק גופני, בלי כוונה תחילה, כתוצאה מהעבירה הנ"ל.

פרטי האשמה -

הנאשם הדריך כיתת בנות באק. (אקדה- שלי ע.צ) להסברת המנגנון הוציא את הקנה והראה את פעולת המנגנון עם כד' (כדורים- שלי ע.צ) חיים. הכדור שהוחזק ע"י השן- החולצת קיבל מכה מהמקור, שהשתחרר תוך טיפול בכלי, נפלט כדור שפגע בעין של בחורה שאליה היה הכלי מכוון. הוא עבר על שני חוקי זהירות: א. טיפל בכלי עם כד' חיים; ב. כיוון כלי טעון אל חניך באימונים.

דברי הנאשם-

מודה באשמה. מבין שעבר על חוקי הזהירות ונהג שלא כראוי. מבין שראוי לעונש חמור.

מסקנות ביה"ד -

א. הנאשם נמצא חייב בהאשמות.
 ב. היחס לחוקי הזהירות במחנה הוא יחס של זלזול פושע. יחס אשר המקרה הזה, אשר רק בנס נגמר בלי קרבן אדם.
 ג. אין שום סליחה למקרה כזה לגבי מפקד. האחראיות על איבוד העין של החניכה נופלת עליו.

פסק-הדין-

א. הנאשם * * * מורד בזה מדרגתו.
 ב. עם חזרו לדרגת חייל, עליו לנסוע מיד ארצה, להתייצב, למסור על פרטי גזר-הדין למפקדו ולהתגייס בהתאם להוראות בארץ.

אבשלום- אב"ד

אלי- שופט

מתי- שופט

פסק דין זה:

א. יוקרא במחנה טירת צבי.
 ב. יובא לידיעת כל המפק' (מפקדים- ע.צ) והמד' במחנות סידני.

מסקנות:

- א. מפק' המחנות מצווים בזה להחרים כל נשק פרטי.
- ב. יש לשנן מחדש לכל המד' את חוקי הזהירות האלמנטריים.
- ג. האחריות הישירה על הפרת חוקי הזהירות והבטחון נופלת על מפק' המחנה.
- ד. בתנאי העבודה בגולה לא ייסלחו מקרים של הפרת חוק הזהירות, אשר מלבד הנזק הישיר, עלולים לפגוע קשה בפעולתנו.

“אבשלום”

דבר המערכת

גליון זה יוצא לאור בתקופת ביניים של חילופי גברי בפרקליטות הצבאית במהלכה סיימו הפרקליט הצבאי הראשי - תא"ל אורי שהם וסגנו - אל"מ יוסף תלרז - את תפקידם לאחר שנות שירות ארוכות ופוריות. בכלל העשייה יש לזקוף לזכותם גם את הקמת ביה"ס למשפט צבאי ואת העזרה, הסיוע ואורך הרוח שנדרשו ואיפשרו את הוצאתו המחודשת של כתב העת "משפט וצבא".

מעל דפי הגליון זה מצורפת להם ברכת "ישר כח" והצלחה בהמשך העשייה הצבורית. ולפרקליט הצבאי הראשי תא"ל ד"ר מנחם פינקלשטיין ולסגנו אל"מ אילן כץ שלוחה מכאן ברכתנו: "חזק ואמץ".

באוקטובר 1999 התקיים במכון הישראלי לדמוקרטיה כנס בנושא: "יובל למשפט צבאי".

בכנס השתתפו משפטנים, שופטים וקציני צבא בכירים; מטרתו היתה להעלות לדיון צבורי נושאים בעלי חשיבות וענין לצבא ולחברה הישראלית גם יחד, תוך בחינה ביקורתית של הנעשה כיום ונסיון צפייה והתפתחות עתידית. הנושאים שנבחרו הם "אחריות מפקדים", "התפתחות חוק השיפוט הצבאי" ו"המשפט הצבאי בראי חוקי היסוד".

נוכח חשיבות הנאמר שם העלינו את דברי המשתתפים על הכתב לעיונכם הקוראים ולהתייחסויותיכם.

חלק חשוב בפעילות קציני ביה"ס הוא כתיבת מחקרים בנושאים שלהם זיקה ברורה ויישומית למשפט הצבאי.

ביכורי המחקרים הרואים אור בגליון זה הם של סרן יאיר תירוש קצין בכיר במגמה הפלילית וסגן דורית טליתמן קצינה במגמה הבינלאומית:

"הזכות לייצוג משפטי בחקירה" שנכתב ע"י סרן יאיר תירוש עוסק באחת הסוגיות החשובות: מהו ההיקף הראוי של זכות הנחקר לייצוג משפטי במהלך חקירתו במשטרה. חשיבותו היתרה של המחקר ניבטת במיוחד בצבא בו מדובר בחיילים צעירים - הן הנחקרים והן החוקרים, שעירונותם לזכויות הבסיסיות אינה תמיד מוצקה ומוטמעת ולעובדת מעצרים של חיילים כחשודים בכיצוע עבירה לעתים בלא הודעה מוקדמת שהיתה מאפשרת להם שהות להוועץ בדבר זכויותיהם בחקירה.

"האם מן הראוי כי פקודת זיהום מי-ים בשמן, תש"ם - 1980, תחול על צה"ל?" הוא מחקר שנכתב על ידי סגן (כיום - מיל.) דורית טליתמן.

דורית טליתמן מעלה בעיה קשה שחריפותה מזדקרת ככל שעולה המודעות לחשיבות שמירה על איכות הסביבה בכלל וזיהום הים והים התיכון, בפרט. מורכבות הצרכים הצבאיים לבנות כלי מלחמה שמטבעם עיקר מעייניהם של מתכנניהם נעוצה בבניית

יכולות שונות הנדרשות ללחימה כגון כח, מהירות, שרידות, יכולות הפעלה בתנאים שונים ולא בשמירה על איכות הסביבה, יוצרות בעיות חמורות לכאורה של התנגשות בין הצורך בשמירה על בטחון המדינה לבין ערכים של איכות הסביבה.

בגליון שני מאמרים הנוגעים לסוגיות המיוחדות לאיו"ש ואזח"ע. האחד של סגן אלעד לפידות המשרת כעוזר היועמ"ש לאיו"ש והנוגע להפרת זכויות הקניין הרוחני של יוצרים ישראלים באיזור - "פגיעה באינטרסים של יוצרים וחברות ישראליות בגדה המערבית".

השני - של סרן אהוד ברוש, גם הוא מלשכת יועמ"ש איו"ש: "צווים של בתי משפט ישראלים בקשר לירושלם מקרקעין ביהודה ושומרון ובעיית ההכרה בפסקים מעין הפציים".

הסוגיה בה דן המאמר היא מעמדו ותקפו המשפטי של צו שניתן ע"י בית משפט בישראל שענינו מקרקעין המצויים באיזור יהודה ושומרון.

מן המאמרים עולה וצפה שאלת היחסים המשפטיים בין מדינת ישראל לבין האיזור. סביר מאד להניח שהסכם הקבע עם הפלסטנים עוד יעלה ויגביר את חשיבות האמור במאמרים אלו ביתר שאת.

שני מאמרים נוספים, ענינם ביקורת על פסקי דין תוך הרחבת הדיון לשאלות כלליות העולות מהם:

"And justice for all" - בג"צ 3959/99 התנועה לאיכות השלטון נ. רמי דותן והבעייתיות שבקביעת הלכה כללית על סמך מקרים קיצוניים, שנכתב ע"י סרן הדר אבירם, ע' הסניגורית הצבאית הראשית. המחברת בוחנת את מידת התאמת הלכת בג"צ למקרה הטפוסי של עברין צבאי שענינו יבוא בפני הועדה לעיון בעונש כמו גם שאלת אימוץ שיטת ה - Parol.

מאמר ביקורת נוסף - של סא"ל (מיל.) אריה אבריאלי המשמש כשופט בבית המשפט הצבאי - סוקר בראייה רחבה ובחינת משפט משווה במדינות אחרות, את סוגיית המעצרים בצבא תוך התייחסות לבג"צ צמח (בג"צ 6055/95). בפס"ד עקרוני זה בחן בג"צ את מידת החוקתיות (הקבועה בחוק השיפוט הצבאי) של זכות הצבא לעצור חייל ל - 96 שעות עד להבאתו בפני שופט וקבע כי יש לתקנו.

סרן (מיל.) אייל נון הוא בעל המאמר: "הכרעות במוטב שיפוטי קולגיאלי: דין קשה ותוצאות קשות מחוק השיפוט הצבאי אל חוק בתי המשפט" המאמר דן בשאלת ההכרעה השיפוטית בהרכבים במקרה של חילוקי דעות בין השופטים היושבים בדין.

טענת היסוד של מאמר זה הנה כי העיסוק בסוגית ההכרעה השיפוטית נבע מרצון בלתי מודע לפתור את בעיית מיצוי ההלכה (Ratio Decidendi) מן ההכרעה. המחבר גם מעלה הצעה לפתרון.

מי ששימש בעבר כפרקליט הצבאי הראשי - תא"ל (מיל.) צבי ענבר מחזיר עטרה ליושנה בחדשו את פינת "רבתי ההיסטורית חוזרת", בה מובאת בפנינו עלילה נוספת שענינה חוקת השיפוט הייחודית שנכתבה והופעלה בבסיס העליה במרסיל שבצרפת שפעל בימים שלאחר מלחמת העולם השנייה.

באווירו הקסום של פתחו של האלף ה - 3 לספירת הנוצרים הולך רס"ן ארז חסון - נשיא ביהמ"ש הצבאי "שומרון" - בעקבות ספרו של חיים כהן "משפטו ומותו של ישו הנוצרי". המחבר מוסיף לספר נופך אישי משלו בניתוחיו הוא, תוך הערות וביאורים והיבטים בינלאומיים והסטוריים. כהערת מערכת אני מוצא לנכון לומר כי ראינו לנכון לקבל את המאמר לכתב עת זה בעיקר משום ייחוד החיבור שבין נושא הסקירה לבין התאריך (תחילת האלף השלישי לספירה) וכמובן חן הכתוב.

בברכה,

עודד פסנון, אל"מ

מפקד ביה"ס למשפט צבאי

דבר הפצ"ר,

ביום ד', 1 למרץ 2000, ימלאו ארבע וחצי שנים לכהונתי כפרקליט צבאי ראשי, וביום זה אסיים את תפקידי והשרביט יעבור למחליפי תא"ל ד"ר פינקלשטיין מנחם. תקופה זו, החל מ- 1 ספט' 1995, מועד בו נתמנתי כפצ"ר ע"י ראש הממשלה ושר הבטחון מר יצחק רבין ז"ל, היתה מרתקת ורבת עניין אך בה בעת גם קשה, שוחקת ומשופעת בהחלטות לא קלות.

בתקופה זו נעשו פעולות חקיקה נרחבות בעיקר בחוק השיפוט הצבאי ובחוק שירות בטחון ונעשתה התאמה של פקודות הצבא לחוקי היסוד החדשים. ניתנו חוות דעת מקיפות לתיקי ועדות חקירה שנתמנו ע"י שר הבטחון או הרמטכ"ל, כדוגמת הועדה לחקירת אסון הכבל, פעולת השייטת בלבנון, אסון התנגשות היסעורים ועוד. הפרקליטות הצבאית נטלה חלק בתהליך המדיני, הן במסגרת יעוץ משפטי לצוותי המשא ומתן והן כחלק ממשלחת ישראל בערוצי הדיונים השונים.

תקצר היריעה מלפרט את מגוון פעילותה של הפרקליטות על יחידותיה השונות ותחומיה המגוונים, אך לא למותר הוא להזכיר את פועלו של בית הספר למשפט צבאי, אשר פתח את שעריו בקיץ 1996.

בית הספר, בראשות מפקדו אל"ם עודד פסנון, זכה וזוכה להערכה רבה בשל חלקו המרכזי בהכשרת משפטי הפרקליטות הצבאית ותרומתו להנחלת ערכי החוק, המשפט והדמוקרטיה בקרב הדרגים הפיקודיים בצה"ל, בין במסגרת קורסי מפקדים והן בימי עיון והשתלמויות קצרות.

בית הספר עוסק גם במחקר משפטי בתחומים בעלי עניין ציבורי והינו מופקד, בין היתר, גם על הוצאתו לאור של הביטאון המשפטי "משפט וצבא".

הנני שמח כי נפל בחלקי לפתוח את גיליון הארבעה עשר של הביטאון, שבו נכללו מאמרים מעניינים פרי עטם של קציני הפרקליטות הצבאית בסדיר ובמילואים וכן חודש המדור "רבותי ההיסטוריה חוזרת", פרי עטו ומחקרו של תא"ל (מיל.) צבי ענבר, לשעבר הפרקליט הצבאי הראשי.

הנני סמוך ובטוח כי תמצאו עניין בחומר הרב הרואה אור בגיליון זה, ובטוחני כי הביטאון "משפט וצבא" ימצא את מקומו הראוי בין הביטאונים המשפטיים היוצאים לאור בישראל.

הנני מבקש לסיים את דברי בתודה מקרב לב לכל קציני וחיילי הפרקליטות הצבאית אשר תרמו להצלחתה של המערכת המשפטית, ובהודמנות זו הנני מצרף את איחוליי להצלחתו של הפצ"ר הנכנס בתפקידו, ובטוחני כי בתקופת כהונתו יצעיד את הפרקליטות הצבאית להישגים ולהצלחות רבות.

מרץ 2000
אדר א' התש"ס

אורי שהם, תא"ל
הפרקליט הצבאי הראשי

“הזכות לייצוג משפטי בחקירה” - כללי הצייד במבחן המשפט המשווה

יאיר תירוש*

1. מבוא והצגת הנושא 2. הזכות לייצוג משפטי בהליכי חקירה - האינטרסים העומדים ביסוד הסוגיה א. הטעמים שביסוד הזכות לייצוג משפטי ב. הטעמים ביסוד הגישה השוללת זכות לייצוג משפטי בחקירה 3. הסדרת הסוגיה בראי המשפט המשווה א. כללי ב. ההסדר בדין האנגלי 1. ההתפתחויות בדין האנגלי עד לשנות ה-80' 2. ההתפתחויות בדין האנגלי משנות ה-80' והוראות ה-PACE 3. הזכות לייצוג משפטי של חשוד במשפט האנגלי- כללי 4. החובה ליידע חשוד בדבר קיומה של זכותו לייצוג משפטי 5. זכותו של העצור להיוועץ בעורך דין ביחידות במהלך החקירה 6. נוכחותו של עורך הדין בהליכי החקירה 7. סיכום ומגמות בפסיקה ובספרות המשפטית באנגליה בשנים האחרונות ג. הדין הקנדי 1. כללי- רקע 2. החובה ליידע נחקר בדבר קיומה של זכותו לייצוג משפטי (1) הנסיבות בהן נוצרת החובה ליידע נחקר בדבר זכותו לייצוג משפטי (2) תוכנה של חובת היידוע 3. זכותו של החשוד להיוועץ בעורך דין ביחידות במהלך החקירה 4. נוכחותו של עורך הדין בהליכי החקירה 5. סיכום ומגמות עתידיות בדין הקנדי ד. הסדר הסוגיה בארצות הברית 1. כללי 2. רקע היסטורי ומגמות בדין הנהוג בארצות הברית 3. החובה ליידע חשוד בדבר זכותו לייצוג משפטי (1) הנסיבות בהן חובה ליידע חשוד בדבר זכותו לייצוג משפטי (2) החריגים להלכת מירנדה 4. זכותו של החשוד להיוועץ ביחידות בעורך דין 5. זכותו של החשוד לנוכחות סניגור במהלך הליכי החקירה 6. סיכום ומגמות עתידיות בדין האמריקאי 4. בחינה ביקורתית של הסדר הסוגיה במשפט הישראלי א. רקע- ההכרה בזכות לייצוג משפטי בחקירה בחקיקה שיפוטית ב. הסדר הסוגיה בחוק והשפעות המהפכה החוקתית ג. חובת רשויות החקירה ליידע חשוד בדבר זכותו להיוועץ בעורך דין 1. תוכן ההודעה על הזכות להיוועץ בעורך דין 2. משמעות הפרתה של החובה 3. מתי קמה חובה ליידע חשוד בדבר זכותו לייצוג משפטי ד. זכות החשוד לפגוש את עורך דינו 1. תוכנה של הזכות 2. דחיית

* סרן. לשעבר, תובע בתביעה הצבאית בדותן. כיום, קצין מחקר והדרכה בכיר במגמה הפלילית של בית הספר למשפט צבאי. תלמיד תואר שני במשפטים, אוניברסיטת תל-אביב.

הפגישה ה. נוכחותו של עורך הדין בהליכי חקירה 1. הזכות לנוכחות
 סניגור במהלך גביית עדותו של החשוד 2. נוכחות סניגור במהלך עריכת
 מסדר זיהוי 3. סיכום 5. סוף דבר

"...The history of liberty has largely been the history of observance of procedural safeguards. And the effective administration of criminal justice hardly requires disregard of fair procedure imposed by law."^{**}

1. מבוא והצגת הנושא

שיטת המשפט הפלילי במדינה דמוקרטית מאזנת בין שני אינטרסים עיקריים: הרצון להילחם בפשיעה כדי להגן על תושבי המדינה (Law & Order) והשמירה על חירות הנחקר או החשוד בשלב החקירה (Due Process)¹. שני אינטרסים אלה מבוססים על זכויות יסוד שמעמדן החוקתי עוגן בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו. האינטרס להיחמק יעילה בפשע נובע מזכויות היסוד לכבוד, לקניין, לשלמות הגוף ובמקרים קיצוניים מהזכות לחיים², ואילו האינטרס לשמור על זכויות הנחקר³ מבוסס על זכויות האדם שלא להעצר ללא אשמה, זכותו לכבוד, לפרטיות ולחופש תנועה. המתח בין אינטרסים מנוגדים אלה וסוגיית האיזון הראוי ביניהם מעלים את השאלה המרכזית העומדת בבסיסם של דיני החקירה ועומדת אף בבסיסו של מאמר זה.

גישת היסוד של מערכת המשפט הישראלית כיום, לאחר חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ופסיקתו של בית המשפט העליון בפסקי הדין בפרשת גנימאת⁴ ופרשת החקירות

^{**} השופט פרנקפורטר בפסק הדין (1943) 318 U.S. 332, 347 *McNabb v. U.S.*
¹ א' הרנון "ראיות שהושגו שלא כדין: מבט השוואתי" ספר **לנדוי** (כרך ג', תשנ"ה) 983, 984; ע"פ 152/51 **טריפוס ואח'** נ' **היועמ"ש**, פ"ד ו' 17, 31 וכן **דין וחשבון הוועדה לעניין הרשעה על סמך הודאה בלבד ולעניין העילות למשפט חוזר** (א' גולדברג (יו"ר), 1994) (להלן: דו"ח ועדת גולדברג) עמ' 6-7.
² י" קרפ "המשפט הפלילי- יאנוס של זכויות האדם: קונסטיטוציונליזציה לאחר חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" **הפרקליט מב** (תשנ"ה) 64, עמ' 71-70 וכן ע"פ 2910/94 **יפת ואח'** נ' **מ"י פ"ד** (2) 221, עמ' 369 וכמו כן J.D. Grano "Criminal Procedure: Moving From The Accused As Victim To The Accused As Responsible Party" **Harvard Journal of Law & Public Policy** vol. 19 (1995) pp 711.
³ בג"צ 5100/94 **הועד הציבורי נ' עינויים בישראל ואח'** נ' **ממשלת ישראל ואח'** (טרם פורסם), ד"נ 9/83 **בית הדין הצבאי לערעורים נ' ועקנין**, פ"ד מב(3) 837, דנ"פ 2316/95 **גנימאת נ' מ"י**, פ"ד מט (4) 589.
⁴ **גנימאת**, לעיל הערה 3, שם.

בשב"כ⁵ דוגלת בהרחבת ההגנה שהייתה נהוגה בעבר לזכויות הנחקר או החשוד. עם זאת, בשל היעדרם של כללים ברורים המסדירים את כללי החקירה, או כפי שהם מכונים בספרות המשפטית "כללי הצייד"⁶, עדיין נותר שטח הפקר נרחב וסוגיות רבות בתחום דיני החקירה נותרו פרוצות ובלתי מוסדרות באופן מפורש וברור בחוק ובפסיקה. היעדר הסדר בסוגיות אלה מעמיד לעתים את גורמי החקירה בפני שוקת שבורה וחוסר ודאות לגבי זכויות הנחקרים וסמכויות החוקרים בעת החקירה.

במסגרת מאמר זה נבחן סוגיה מרכזית אחת מבין הסוגיות הנמצאות בליבו של שטח הפקר משפטי זה והיא השאלה מהו ההיקף הראוי של זכות הנחקר לייצוג משפטי במהלך חקירתו במשטרה. מטרתנו תהיה לבחון את המצב המשפטי הקיים כיום בסוגיה זו במשפט הפלילי הישראלי, באמצעות השוואתו למערכות משפט זרות, להצביע על כשלים קיימים ולהציע פתרונות אפשריים.

במישור התיאורטי קיימת קשת רחבה של אפשרויות לקביעת ההיקף של זכות הנחקר לייצוג משפטי. מצדה האחד של הקשת, קיים המודל לפיו עורך דינו של נחקר יכול להיות נוכח ולייצג את הנחקר בכל הליכי החקירה ואף לשאול את הנחקרים האחרים בפרשה שאלות מטעם הנחקר⁷. מנגד, מצידה השני של קשת האפשרויות, קיימים מודלים משפטיים המתבססים על השיטה האינקוויזיטורית האוסרים או מגבילים בצורה ניכרת את זכות החשוד להיוועץ בעורך דין עד לשלב הגשת כתב האישום⁸. כמוכן שקיימים מודלים

⁵ הוועד הציבורי נ' עינויים בישראל, לעיל הערה 3, שם.

⁶ ח' כהן "על זכויות הנאשם" הפרקליט כ"ו (תשל"ל) 42, 43, 46. במאמרו מצטט השופט חיים כהן את דבריו המפורסמים של Denman L.J. בסוגיה זו:

"Human beings are ... not to be run down, like beast of pray without respect to the laws of chase".

התייחסות דומה לסוגיה ראה במאמרו של השופט ד' ביין "כללי החקירה המשטרית-היש מקום לקודיפקציה של 'חוקי הצייד'?" עיוני משפט יב (תשמ"ו) 129, 130.

⁷ כך למשל, בוועדת חקירה ממלכתית או צבאית, נחקר שנשלח לו מכתב אזהרה רשאי להיות מיוצג בהליכי הוועדה על ידי עורך דין, כפי שנקבע בהוראת הפיקוד העליון 5.0201 וכן בסעיף 15 (ב) לחוק ועדות חקירה, תשכ"ט-1968: "אדם שהודע לו כאמור בסעיף קטן (א) רשאי להתייצב לפני הוועדה אם בעצמו ואם ע"י עורך דין, להשמיע דברו ולחקור עדים אף אם כבר העידו לפניו". נעיר בהקשר זה כי אמנם הליך של ועדת חקירה אינו מוגדר כהליך פלילי אך לאור פסיקת בית המשפט העליון בעניין פרשת ויסות מניות הבנקים והשימוש הרב שיכולות לעשות רשויות החקירה בחומר ועדת החקירה קשה לנתק את הקשר בין הליך חקירה זה לחקירה הפלילית העתידית (ע"פ 2929,2910,3737/94 יפת ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 221).

⁸ ג' אוריון דיני הודאות וחקירה (1985) 73-75. יש לציין, כי עד שנת 1993 לא הייתה קיימת בצרפת לחשוד זכות להיוועץ בעורך דין עד שהחשוד הובא בפני שופט כ- 48 שעות לאחר מעצרו. בשנים האחרונות שונה החוק וכיום החשוד יכול להיוועץ בעורך דין במסגרת פגישה של חצי שעה לפני חקירתו על ידי המשטרה. נציין כי במדינות אחרות, שהושפעו מהמשפט הקונטיננטלי, כגון מרוקו וסנגל, קיימות הגבלות דומות. להרחבה ביחס להסדר במשפט הקונטיננטלי:

רבים המצויים בין שני המודלים הקיצוניים שהוצגו ובכללם המודל הקיים במשפט הישראלי כיום.

בטרם נעמוד על הסדר הסוגיה בדין הזר ובדין הישראלי, נבחן את הטעמים שביסוד הזכות לייצוג לעומת הטעמים עליהם מתבססת הגישה המתנגדת לקיומה של הזכות.

2. הזכות לייצוג משפטי בהליכי חקירה- האינטרסים העומדים ביסוד הסוגיה

א. הטעמים שביסוד הזכות לייצוג משפטי

הזכות לייצוג משפטי בהליכים פליליים הוכרה בישראל ובמדינות רבות נוספות כזכות יסוד חוקתית⁹. זכות הייצוג מתבססת על מספר טעמים וחשיבותה העיקרית נעוצה בהיותה המפתח לידיעה של הנחקר את זכויותיו האחרות. למעשה מהווה זכות הייצוג זכות יסוד המאפשרת מימושן של זכויות אחרות¹⁰ כגון הזכות לחיסיון מפני הפללה עצמית, הזכות להיות חופשי ממעצר או מהגבלת חירות שלא כדין (למשל מעצר או עיכוב לא חוקי), זכותו של האדם לשלמות גופו (כגון זכותו שלא להיות מושא לבדיקות ולחיפושים מסוימים לשם איסוף ראיות) וזכותו לכבוד (למשל זכותו לחקירה הוגנת ללא הפעלת אמצעים פסולים על ידי חוקריו).

ניתן לטעון אמנם כי אין צורך בזכות לייצוג משפטי כדי ליידע את החשוד בדבר משמעות זכויותיו וניתן ליידע אותו באמצעות הטלת חובת יידוע על רשויות החקירה, בדומה להסדר הקיים של אזהרת חשוד בתחילת חקירתו וההודעה בדבר קיום זכות השתיקה. עם זאת הדעה הרווחת כפי שהוצגה לעיל, המבוססת בין היתר על התנהגות המשטרה בעבר,

R. Grote "Protection of Individuals in the Pre- Trial Procedure" **The Right To a Fair Trial** (Editors D. Wiessbrodt, R. Wolfrum, Springer, Berlin, 1997) 699, 721-722 .

H. Trouille "A Look at French Criminal Procedure" **Crim. L.R.** [1994] 735, p. 740, 743.

⁹ נציין כי נעמוד בהרחבה על ההסדר המשפטי והרקע ההיסטורי להכרה בזכות לייצוג משפטי כזכות חוקתית בהמשך הדיון. אי מגן "הזכות ליצוג בפלילים" **הפרקליט מד** (התשנ"ט) 243, 248-252, 260 - 264 וכן בג"צ 3412/91 **סופיאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזח"ע ואח'**, פ"ד מז(1) 843, 847, 851-850.

¹⁰ ד' ליבאי **דיני מעצר ושחרור** (שוקן, 1978) 182, ע"פ 96/66 **טאו נ' היועמ"ש**, פ"ד כ (2) **Miranda v. Arizona** 384 U.S. 436 (1966), **Escobedo v. Illinois** 378 .564, 539 U.S. 478 (1964) וכן:

J. Schaefer, "Federalism & State Criminal Procedure" **Harvard L.R** vol. 68 (1956) 1, p.8

היא כי רשויות החקירה לא יוכלו להתגבר על ניגוד האינטרסים המובנה מעצם תפקידם בהסברת מלוא הזכויות לנחקר¹¹. כמו כן ספק אם הנחקר יוכל לשאול אותן שאלות ללא מורא ולקבל תשובות שיאפשרו לו לממש באופן מלא את זכותו לייצוג משפטי.

טעם נוסף התומך בזכותו של החשוד לייצוג משפטי בהליכי החקירה הוא הבטחת אמינות הראיות המושגות במהלך החקירה וחוקיות החקירה. פן אחד של טעם זה הוא העובדה שפיקוח משפטי הדוק של סניגור על הליכי החקירה מחייב את המשטרה לפעול בחקירה תוך הפעלת שיקול דעת סביר ואך ורק על פי הסמכויות המוקנות לה בחוק¹². כך, למשל, פיקוח כזה בשעת החקירה יכול למנוע חקירות "דורסניות" במשך שעות ארוכות שעלולות להניב הודאות כוזבות. פן שני לטעם זה מתייחס בעיקר להליכי חקירה שבשל טבעם קשה לעורכם פעם נוספת (כגון: מסדר זיהוי). בהליכים כאלה נוכחות עורך דין שיבחן את תקינות ההליך תבטיח את מהמינות הראיות, שכאמור אין אפשרות להשיגם פעם נוספת¹³.

טעם שלישי¹⁴ לזכות הנחקר לייצוג משפטי נעוץ דווקא באינטרס העיקרי של יעילות החקירה, שיש הרואים בו את הטעם העיקרי המצדיק שלילת זכות הנחקר לייצוג משפטי. במספר מקרים ניתן לומר שדווקא מתן ייצוג משפטי לנחקר עשוי להבטיח חקירה אפקטיבית יותר. כך, למשל, כאשר קיימות ראיות היכולות לסייע בהוכחות חפות הנחקר, עורך דינו יכול לסייע באיתורן, להביאן לידיעת רשויות החקירה ולהבטיח את בדיקתן ההוגנת. מקרה נוסף הוא כאשר נחקר מעוניין לשתף פעולה עם רשויות החקירה ולסייע להמשך החקירה תוך הבטחת זכויותיו. במקרה כזה עשוי ייצוג משפטי להבהיר לחשוד את משמעותם של הסדרים כגון עסקת טיעון והסכם עד מדינה ולשכנע אותו במקרים רבים לבחור לסייע לרשויות החקירה בהמשך חקירתו¹⁵.

¹¹ דו"ח ועדת גולדברג, לעיל הערה 1, עמ' 8 וכן ע"פ 115/82 מועדי ואח' נ' מ"י, פ"ד ל"ח(1) 197. באותו מקרה ביהמ"ש קבע כי חלק מחוקרי המשטרה הבהירו לחשודים בשעת החקירה כי הם עורכי דין ועצתם המשפטית להם היא שלא לבחור בזכות השתיקה. זאת בניגוד לעצתו של עורך דינם של החשודים באותו שלב בחקירה ומתוך רצון להשיג חומר מרשיע כנגד החשודים. פסק דין זה ממחיש את ניגוד העניינים בו מצויים חוקרי המשטרה ואת הסכנות והפגיעה האפשרית בזכויות הנאשם הטמונים באותו ניגוד עניינים.

¹² ד' ביינ "זכותו של חשוד הנתון במעצר לסניגור בהליכי החקירה - לקראת פתרונות של פשרה" הפרקליט לט (תשנ"ד) 108, עמ' 110 וכן ליבאי, לעיל הערה 10, שם.

¹³ ביינ, לעיל הערה 12, עמ' 112 וכן ע"פ 648/77 קריב נ' מ"י, פ"ד לב(2) 746, ע"פ 559/77

מאירי נ' מ"י, פ"ד לב(2) 180 וכן U.S. v. Wade 338 U.S. 218 (1967).

¹⁴ ביינ, לעיל הערה 12, עמ' 112.

¹⁵ נציין כי הספרות המשפטית מונה מספר נימוקים נוספים התומכים בזכותו של הנחקר לייצוג משפטי בהליכים פליליים. כך, למשל, העובדה כי הזכות לייצוג משפטי יוצרת איזון בפני הלחץ המופעל על ידי רשויות החקירה במהלך חקירתו ומונעת מצב של הודאות שווא. לנימוקים נוספים ראה ג' גרשוני "זכותו של החשוד להיות מיוצג על ידי עורך דין" משפט וצבא 8 (1988) 161, עמ' 172 וכן ביינ, לעיל הערה 12, עמ' 109-112.

ב. הטעמים ביסוד הגישה השוללת זכות לייצוג משפטי בחקירה

שלילת זכותו של חשוד לייצוג משפטי נתמכת במספר טיעונים שביסודם אינטרס הציבור להבטיח את יעילות החקירה, הלחימה בפשיעה וגילוי האמת. כאמור, יעילות החקירות ויעילות הלחימה בפשע הוכרו אף הם כאינטרס חברתי חשוב ביותר הנסמך על זכויות יסוד בסיסיות¹⁶. כדבריו של לורד סימון:

“עיוות הדין עלול לבוא מזיכויים של האשמים לא פחות מהרשעתם של החפים מפשע”¹⁷.

בספרות המשפטית מוכרים שני טעמים עיקריים המבססים את הטענה כי מתן זכות לייצוג משפטי במהלך חקירה עלולה לפגוע ביעילות החקירה: הדחיפות ו"הסטריליות"¹⁸. יסוד הדחיפות משמעו היעדר האפשרות להמתין לנוכחות ולייצוג משפטי של הנחקר בשל הסכנה שבניתיים תעלמנה או תועלמנה ראיות. יסוד זה מתחזק במידה שמדובר במערכת עבירות הנמצאות בתהליכי ביצוע, בהן קיים החשש שהשותפים לעבירה שטרם נעצרו ימשיכו במעשיהם הפליליים.

יסוד "הסטריליות" מתבסס על הצורך למנוע דליפת אינפורמציה באמצעות הסניגור אל העולם החיצוני. דליפה זו של אינפורמציה עלולה לגרור העלמת ראיות, בידוי ראיות ותיאום מהלכים בין הנאשם לשותפים ולעדים פוטנציאליים. כן עלול הסניגור "להדליף" לנחקר אינפורמציה שהעלמתה מן החשוד היא בבחינת טקטיקה לגיטימית של החוקרים, כגון מעשיהם של אחרים המעורבים בפרשה, האם נעצרו, האם מסרו פרטים מסוימים בחקירתם או לא וכו'.

טעם נוסף המוזכר על ידי המתנגדים למתן זכות לנחקר להיפגש עם סניגור במהלך החקירה הוא החשש כי הסניגור עשוי ליעץ ללקוחו לבחור בזכות השתיקה, או להימנע מסייע לרשויות החקירה בהליכי חקירה אחרים. ייעוץ זה לחשוד בעת החקירה עלול לפגוע בהמשכה, להקשות על התממשות האינטרס הציבורי לגילוי האמת ובמקרים מסוימים אף למנוע כליל בירור העובדות לאשורן וגילוי האמת¹⁹. עם זאת נקבע לא אחת כי נימוק זה לשלילת זכות הנחקר להיפגש עם סניגור אינו תקף, שכן אין בו כדי להגן על

¹⁶ קרפ, לעיל הערה 2, שם.

¹⁷ כפי שצוטט בע"פ 152/51 טריפוס ואח' נ' היועמ"ש, פ"ד ו' 17, 31 וכן בדו"ח ועדת גולדברג, לעיל הערה 1, עמ' 7.

¹⁸ ביין, לעיל הערה 12, עמ' 112-113.

¹⁹ שם, שם. וכן ליבאי, לעיל הערה 10, שם.

התממשות האינטרס הציבורי להבטיח את שמירת החוק והסדר הציבורי אלא רק למנוע את התקיימותו של אינטרס זה²⁰. לעניין זה יפים דבריו של פרופ' שחר²¹:

“...החשש העיקרי הממריץ את רשויות האכיפה לחקור בטרם פגישה הינו החשש מפני כוחו של סניגור ליידע את החשוד לכל מגוון זכויותיו החוקיות בחקירה, במיוחד זכות השתיקה. אם אכן זהו החשש, הרי שהוא מבטא בוז עמוק לעיקרון של שלטון החוק ולכבוד האדם”.

3. הסדרת הסוגיה בראי המשפט המשווה

א. כללי

בחלק זה של המאמר נסקור בקצרה את התמודדותן של שיטת המשפט האנגלית, הקנדית והאמריקאית עם השאלה הרלוונטית. מטרתנו בסקירה זו תהיה לנסות וללמוד מנסיוןן של שיטות משפט אלו לצורך הקניית פרספקטיבה רחבה יותר לבחינת הסדר הסוגיה בדין הישראלי. מובן שאין לקבל את ההסדר המשפטי הנהוג בשיטות אלה כ"תורה מסיני" ולאמץ אותו בהכרח כהסדר הראוי. כוחו של המשפט המשווה הוא בהשראתו וכוח זה מוגבל הוא, שכן תמיד יש לשקול את השוני החברתי והתרבותי בין שיטות המשפט השונות²².

במהלך הדיון נסקור בקצרה את המגמות והתפתחויות העיקריות של הדינים הללו בשנים האחרונות כאשר אנו מתמקדים בשלושה מרכיבים עיקריים של הזכות לייצוג: המרכיב הראשון- יצירת המודעות לזכות, המרכיב השני- מתן האפשרות לממש את הזכות, זאת למשל על ידי מתן אפשרות להיפגש או להתייעץ בטלפון ללא דיחוי עם עורך דין, ולבסוף המרכיב השלישי המתיר נוכחותו של עורך דין בעת קיום פעולות חקירה מסוימות.

²⁰ **בין, לעיל** הערה 12, עמ' 113 וכן **מגן, לעיל** הערה 9, עמ' 248. לגישת המשפט האנגלי ראה:

D. Wolchover & A. Heaton- Armstrong **On Confession Evidence** (London, Sweet & Maxwell, 1996) pp. 247–248.

²¹ "שחר" סדר דין פלילי " **ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ב- תשנ"ג** (עורך: א' רוזן צבי) 375, 400.

²² א' ברק "הקונסטטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני) " **מחקרי משפט יג**, (תשנ"ו- 1996) 5, עמ' 16-17.

ב. ההסדר בדין האנגלי

1. ההתפתחויות בדין האנגלי עד לשנות ה-80

על פי המשפט המקובל זכותו של אדם לייצוג משפטי מתחילה במשפט עצמו ואין לו זכות לייצוג משפטי בכל הליך פלילי הקודם למשפט²³. עם השנים החלה בפסיקה האנגלית מגמה לצמצם כלל מחמיר זה. מגמה זו הגיעה לשיאה בשנות ה-60' בהן התקיים דיון ציבורי ארוך בשאלת היקפה של הזכות לייצוג משפטי ומשמעות הזכות לאי הפללה עצמית. מגמה זו מצאה את ביטוייה באופן רשמי לאחר שועדת השופטים עיגנה בהקדמה ל"תקנות השופטים" משנת 1964 את זכותו של החשוד לייצוג משפטי. במבוא לתקנות השופטים נקבע כי אין בתקנות כדי לפגוע בעקרון לפיו כל אדם רשאי, בכל שלב של החקירה, להתקשר עם עורך דין ולהיוועץ בו ביחידות כל עוד לא יגרום הדבר דחייה או פגיעה בלתי סבירה בחקירה או יצור עיוות דין²⁴.

עם זאת, על אף עיגון הזכות בתקנות השופטים הרי שבפועל לא חל שינוי משמעותי במצב המשפטי באנגליה ולחשודים לא הייתה אפשרות מעשית לממש את זכותם לייצוג משפטי במהלך החקירה. מצב זה נבע משתי סיבות עיקריות: האחת, נוסח תקנות השופטים קבע זכות מוגבלת יחסית לחשוד, זכות זו לא כללה, למשל, נוכחות של עורך דין בשעת גביית עדות מחשוד, אלא הקנתה אך ורק זכות לחשוד לפגישה עם סניגורו. הסיבה השנייה והעיקרית לכך שתקנות השופטים הפכו למעשה לאות מתה טמונה בכך שלא היה להן כל מעמד משפטי מחייב ולא נקבעה כל סנקציה ממשית בגין הפרתן²⁵. סיבה זו נוצרה בשל סירובם של בתי המשפט האנגליים לפסול ראיות כבלתי קבילות גם במקרים בהם הושגו ראיות תוך הפרה בוטה של זכותו של החשוד לייצוג משפטי²⁶. כתוצאה ישירה מסיבות אלה מחקר שנערך באנגליה בשנת 1970 גילה כי רק 11% מכלל הנאשמים באוכלוסיית המדגם, נפגשו עם סניגור לפני שהוגש נגדם כתב אישום. כאשר מתוך אלה שביקשו רשות מהמשטרה להיפגש עם עורך דין ניתנה הזכות ל- 26% מהמבקשים בלבד²⁷.

²³ ליבאי, לעיל הערה 10, שם.

²⁴ שם, עמ' 182-183 וכן ראה נוסח תקנות השופטים: Practice Note [1964] 1 All E.R. 237.

²⁵ ליבאי, לעיל הערה 10, עמ' 182 – 183 וכן הרנון, לעיל הערה 1, עמ' 1000.

²⁶ P. Mirfield "Silence, Confessions and Improperly Obtained Evidence" (Clarendon, Oxford, 1997) pp. 178.

²⁷ M. Zander "Access to a Solicitor in the Police Station" [1972] Crim.L.R 342.

2. ההתפתחויות בדין האנגלי משנות ה-80' והוראות ה-PACE

בעקבות סדרה ארוכה יחסית של מיקרים בהם הורשעו נאשמים עקב מתן הודאות כוזבות וחקירות לא הוגנות שבוצעו על ידי רשויות החקירה באנגליה עבר הדין האנגלי תהליך ארוך וממושך של שינוי²⁸. ראשיתו של השינוי בשנת 1978 עם הקמתה של ועדה מלכותית שמטרתה היתה לבחון את הליך החקירה המשטרית. מסקנותיה העיקריות של הוועדה, שהתבססה על שורה ארוכה של מחקרים, היו שמבחן הוולונטריות (האם ההודאה נתנה מרצונו הטוב והחופשי של החשוד) הוא בעייתי ואינו אפקטיבי למניעת מצבים של הרשעה בהסתמך על הודאות כוזבות שהושגו באמצעים פסולים. הוועדה המליצה כי הדין הקיים ישונה וכי יקבע מפורשות כי כל הודאה שהושגה באלימות, בעינויים או כתוצאה ממניעת זכויות יסודיות אחרות של הנאשם תיפסל ולא ניתן יהיה להגישה לבית המשפט²⁹.

בעקבות המלצות הוועדה נחקק בשנת 1984 ה-Police and Criminal Evidence Act³⁰ (להלן: "ה-PACE") שנכנס לתוקף בתחילת שנת 1986. ה-PACE יצר מהפכה בדיני החקירה באנגליה כאשר אימץ חלק מהמלצות הוועדה המלכותית ושינה את נקודת המבט לבחינת קבילותה של ראייה. אם בעבר הדגש היה על השאלה האם הראייה ניתנה בהתאם לדרישת הוולונטריות, הרי שעל פי החוק החדש הבחינה הייתה האם התנהגותם של החוקרים הייתה ראויה וזאת מתוך הנחת היסוד שבמידה והחקירה נוהלה בצורה שאינה הוגנת פוגעת עובדה זו בזכותו של הנחקר להליך הוגן ובכבודו של אותו אדם. הפגיעה במהימנות הראייה אינה תנאי הכרחי עוד לפסילת הראייה אלא השאלה היא האם קבלת הראייה תפגע בזכותו של החשוד להליך ראוי³¹.

עם כניסת ה-PACE לתוקף נכנסו לתוקף גם ה-Codes of Practice שהם סדרה מפורטת של כללים הקבועים בחקיקת משנה שאושרו על ידי בתי הפרלמנט האנגליים לאחר הליך ארוך של דיון ציבורי. כללים אלה מפרטים בלשון בהירה את זכויות הנחקרים וסמכויות המשטרה בשלבים שונים של החקירה וביניהן את זכותם לייצוג משפטי בשלב החקירה. החוק האנגלי קובע כי על בית המשפט קיימת חובה להתייחס לכללים אלה ולשאלה מהי

²⁸ על הרקע לשינוי והפרשיות העיקריות, ובחן "The Guilford Four" וה-"Birmingham Six" ראה:

Report of the Royal Commission on Criminal Justice HMSO (1993), p.1
²⁹ הרנון, לעיל הערה 1, עמ' 987 וכן:

The Report of the Royal Commission on Criminal Justice HMSO (1981)
Police and Criminal Evidence Act, 1984. (להלן: PACE)³⁰

³¹ הרנון, לעיל הערה 1, עמ' 1002-990 וכן ע' גרוס "כלל פסילה חוקתי- האם יש לו מקום בישראל" משפטים ל (תשנ"ט) 145, עמ' 170 – 173.

משמעות הפרתם אם הופרו במקרה ספציפי³². כמו כן הפרתן של הוראות אלה על ידי רשויות החקירה מהווה עילה להעמדה לדין בהליך משמעתי.

סעיף 78 ל-PACE השלים את המהפכה בדין האנגלי על ידי הענקה לבתי המשפט סמכות שבשיקול דעת לפסול ראייה שעלולה לפגוע בהגינות ההליך הפלילי. בתי המשפט האנגליים³³ אימצו את עקרונות החקיקה החדשה ופעלו ברוחה כאשר עשו שימוש רב בסעיף 78 וקבעו כי ראיות שהושגו לאחר שחוקרי המשטרה הפרו את זכויות החשודים על פי ה-PACE וה-Codes of Practice הן פסולות. אחת הסוגיות שבהן הייתה השפעה ניכרת לשינוי זה בדין היא סוגיית זכותו של החשוד לייצוג משפטי בחקירה.

3. הזכות לייצוג משפטי של חשוד במשפט האנגלי- כללי

כאמור הדין האנגלי בסוגיה עבר שינוי ניכר עם חקיקתו של החוק החדש המסדיר את פעילות המשטרה להשגת ראיות פליליות (PACE) וה-Code of practice. נציין כי אחד מפסקי הדין הראשוניים בהם נפסלה הודאה לאחר ה-PACE הוא פסק דין Samuel³⁴. באותו מקרה הנאשם נעצר בחשד שביצע שוד ופריצה, בקשתו להיוועץ עם עורך דין נדחתה בטענה שמפגש עם עורך דין עלול ליידע חשודים אחרים במעשה. בית המשפט קבע כי המניע האמיתי של החוקרים בדחיית הפגישה היה החשש סניגורו של החשוד ייעץ לו לשמור על זכות השתיקה. בית המשפט זיכה את הנאשם וקבע כי הפגיעה בזכותו של החשוד לסניגור, שהיא אחת מזכויותיו היסודיות, מצדיקה פסילתה של ההודאה שכן סביר להניח כי במידה והיה פוגש החשוד את עורך דינו היה שומר על זכות השתיקה. גישה זו מאפיינת את המצב המשפטי בדין האנגלי כיום, אותו נבחן על פי המרכיבים השונים שפורטו לעיל.

4. החובה ליידע חשוד בדבר קיומה של זכותו לייצוג משפטי

המרכיב הראשון של הזכות לייצוג מתבטא בדין האנגלי בהטלת חובה מפורשת בחוק על קצין המשטרה ליידע כל עצור המצוי בתחנת המשטרה בדבר קיומה של הזכות להיוועץ בעורך דין. חובה זו מוכרת כאחת ממספר זכויות המוקנות לחשוד עם מעצרו ולאחר

³² הרנון, לעיל הערה 1, ע"מ 990, 1002. וכן סעיף 67 (11) ל-PACE.

³³ Mirfield, לעיל הערה 26. כן הרנון, לעיל הערה 1, עמ' 997 וכן:

A.A.S. Zuckerman "The Principles of Criminal Evidence" (Clarendon press, Oxford, 1989) pp. 325-328.

³⁴ R. v. Samuel [1988] 2 All E.R. 135. ראה גם:

H. Fenwick "Curtailling the Right To Silence, Access to Legal Advice & 78" [1995] Crim.L.R 132.Section.

הבאתו לתחנת החקירה ובהן זכותו לעיין ב- Code of practice (להלן- התקנות) וזכותו להודיע לבן משפחה על מעצרו.³⁵ החובה ליידע את העצור בדבר זכותו לייצוג משפטי אינה ניתנת להתנאה, כאשר קיימת חובה ליידעו מחדש בדבר קיום הזכות במספר סיטואציות נוספות. בכל אחת מסיטואציות אלה יש לשאול את החשוד האם הוא מעוניין בייצוג: בשעת המעצר בתחנת המשטרה, עם תחילת חקירת החשוד או תחילתה לאחר הפסקה משמעותית, בעת בחינת הצורך בהמשך המעצר על ידי קצין (לקצין משטרה באנגליה יש סמכות להורות על הארכת מעצרו הראשוני של חשוד), בעת עימותו עם עדות של אדם אחר בפרשה, לאחר האשמתו הרשמית בביצוע עבירה כלשהי, לפני קיומו של מסדר זיהוי ולפני עריכת חיפוש בגופו.³⁶ במידה שהחשוד אינו מעוניין במימוש הזכות לאחר שהודעה לו זכותו יש לתעד את סיבת סירובו בתיק החקירה.

יש לציין כי בדין האנגלי כיום ישנה לאקונה בשאלה האם קיימת חובת יידוע לאחר מעצרו של אדם ובטרם הבאתו לתחנת המשטרה. הדעה הרווחת היא כי הזכות נוצרת אך ורק עם הבאת החשוד לתחנת המשטרה, כאשר בעת חקירות בזירת האירוע אין חובה ליידע את החשוד בדבר זכותו לייצוג משפטי. בספרות המשפטית באנגליה נמתחת ביקורת קשה על חוסר הקוהרנטיות וההשלכות של היעדר החובה ליידע את החשוד בטרם הבאתו לתחנת המשטרה.³⁷

אף שמרבית התקנות חלות אך ורק על עצורים ישנם מספר מקרים שבהם אף שמדובר במי שאינו עצור קיימת חובה ליידע אותו בדבר זכותו לייצוג משפטי.³⁸ כך, למשל, כל אדם המגיע לתחנת משטרה מרצונו החופשי במטרה לסייע לחקירה יכול לעזוב לפי רצונו, אלא אם כן נעצר. לעומת זאת במקרים בהם הוחלט כי לא ניתן להרשות לו לעזוב, יש ליידע אותו באופן מיידי כי הוא נמצא במעצר ולהביאו בפני קצין ממונה, שאחראי ליידע אותו בדבר זכויותיו ובכללן הזכות לייצוג משפטי. גם במקרים בהם ההחלטה היא לא לעצור את הנחקר אבל להזהירו כחשוד בביצוע עבירה, על קצין

³⁵ Lord Hailsham of St. Marylebone **Halsbury's Laws of England** (4th ed. , Butterworths, London , 1990) volume II(I) pp. 537.

וכן : Pace 1984: Code of Practice C, Par. 3.1

³⁶ **Code of Practice C, לעיל** הערה 35, פסקה 6.5, אין חובה להוסיף וליידע את אותו אדם כאשר ברור שהוא אינו מבקש או רוצה לדבר עם סניגור בטלפון או להפגש עם סניגור. עם זאת במידה ובמהלך מעצרו של חשוד בעבירה מסויימת עולה חשד כי ביצע עבירה נוספת יש להעמיד אותו שוב על זכות ההיוועצות ביחס לעבירה זו (**Calvin Lloyd**) **Absolam** (1989) 88 Criminal Ap. R.332.

³⁷ **Wolchover & Heaton- Armstrong, לעיל** הערה 20, עמ' 254 257- וכן סעיף 56 ל- PACE.

³⁸ **Wolchover & Heaton- Armstrong, לעיל** הערה 20, עמ' 249 וכן **Code of Practice C, לעיל** הערה 35, פסקה 3.15 והערה 1A.

המשטרה ליידע את החשוד שאין חייב להישאר בתחנת המשטרה ובמידה שיבחר להישאר בתחנת המשטרה הוא זכאי לקבל ייעוץ משפטי.

חובת היידוע אינה מתבטאת אך ורק באמירה סתמית לחשוד, על ידי שוטר, שיש לו זכות לייצוג משפטי. לאחר תיקונו של החוק בשנת 1991 קיימת חובה על רשויות החקירה ליידע את הנחקר באופן ברור כי³⁹: (א) זכותו להתייעץ בפרטיות עם עורך דין, (ב) הוא זכאי לייעוץ משפטי חינם, (ג) זכותו לעיין בכל עת ב- Codes of Practice, (ד) זכויות אלה הן זכויות מתמשכות והוא יכול לנצלן בכל שלב חקירתו או מעצרו. כדי להבטיח את אפשרותו של החשוד לממש את זכותו לייצוג משפטי נקבעו ב- Code of practice מספר אמצעים נוספים לוודא שהחשוד מודע לקיומה. אמצעי ראשון הוא חובתו של קצין משטרה למסור הודעה כתובה לנאשם הכוללת הסבר בדבר זכויותיו ובהן זכותו לייצוג משפטי⁴⁰. במסגרת הודעה זו מקבל העצור דף מידע בדבר הסידורים בהם יוכל לנקוט כדי לממש את זכותו לייצוג משפטי, במידה וזהו רצונו. אמצעי נוסף הוא חובתו של השוטר האחראי, ללא דיחוי, להבטיח קיומה של הזכות לייצוג לאחר שמימושה התבקש, ואף להסביר לחשוד כי הזכות לייצוג כוללת גם את הזכות להתייעץ בטלפון עם סניגור.

אמצעים נוספים מתייחסים לקבוצות אוכלוסייה מיוחדות⁴¹. כך, למשל, חובה להעביר את ההודעה בדבר זכויות החשוד למתורגמן כדי שיסביר לחשוד את זכויותיו במידה והלה אינו דובר אנגלית. במידה שמדובר באדם בעל מגבלה העלולה לפגוע בהבנתו או במימוש זכותו חובה שיהיה נוכח במקום קרוב משפחה או אדם אחר בעל קשר לנאשם כדי להסביר לו את משמעות ההודעה. בנוסף קובעות התקנות כי חובה אף להציב כרוזת המפרסמות את קיומה של הזכות והדרך למימושה בתחנות המשטרה⁴².

כדי להבטיח את מימושה של הזכות ואת אפקטיביות ההודעה על הזכות, קובעות התקנות כי אסור לאיש משטרה לומר דבר העלול לשכנע עצור לוותר על זכותו לייצוג משפטי⁴³, וכי בכל מקרה חייבת ההודעה להינתן לפני תחילת חקירתו של אותו עצור ביחס לביצוע עבירה כלשהי⁴⁴.

³⁹ Wolchover & Heaton- Armstrong, לעיל הערה 20, עמ' 251 וכן Code of Practice C, לעיל הערה 35, פסקה 3.1.

⁴⁰ Wolchover & Heaton- Armstrong, לעיל הערה 20, עמ' 252 וכן Code of Practice C, לעיל הערה 35, פסקאות 3.2 ו 3.5 והערות 3E ו-6H.

⁴¹ Code of Practice C, לעיל הערה 35, פסקאות 3.6 – 3.14.

⁴² Wolchover & Heaton- Armstrong, לעיל הערה 20, עמ' 252 וכן Code of Practice C, לעיל הערה 35, פסקה 6.3 והערה 6H.

⁴³ Code of Practice C, לעיל הערה 35, פסקה 6.4.

⁴⁴ שם, פסקה 6.6.

חשוב לציין כי המגמה בבתי המשפט באנגליה היא להגן בצורה רחבה על הזכות לייצוג משפטי ועל חובת היידוע. כך, למשל, בתי המשפט באנגליה קבעו לא אחת כי אי קיום חובת היידוע על הזכות לייצוג משפטי חמור לא פחות מאשר מניעת מפגש עם עורך דין שלא כדין⁴⁵. בתי המשפט אף הרחיבו את חובת היידוע גם למקרים שאינם מוסדרים באופן מפורש על ידי החוק או התקנות אך פעולות רשויות החקירה סתרו את רוח החוק. כך למשל בפסק דין Chahal⁴⁶ נדונה השאלה מהי המשמעות של שיחת טלפון מעורך דין ללקוח ששהה במעצר שלא הועברה ולא ניתנה הודעה על התרחשותה לנחקר. בית המשפט לערעורים קבע באמרת אגב כי על אף שזכותו של הלקוח לקבלת השיחה לא הוסדרה במפורש בחוק או בתקנות יש מקום לפסול הודאה במקרה זה שכן הופרה זכותו של הנחקר לייצוג משפטי.

5. זכותו של העצור להיוועץ בעורך דין ביחידות במהלך החקירה

המרכיב השני של הזכות לייצוג משפטי באנגליה מתבסס על זכותו של עצור או מי שמוחזק בתחנת משטרה להיוועץ בעורך דין ביחידות בכל זמן החקירה. הדין האנגלי רואה בזכותו של העצור להיוועץ בעורך דין זכות יסודית, ובדומה להסדר המתייחס לחובת היידוע, קובע מספר אמצעים כדי להבטיח קיום זכות זו על ידי רשויות החקירה. כך, למשל, בקשת העצור להיוועץ בעורך דין והשעה בה הוא ביקש זאת חייבת להיות מתועדת ברישומי תיק החקירה, כאשר חובה לאפשר פגישה כזו בתוך זמן סביר מרגע הבקשה ובכל מקרה תוך 36 שעות מרגע הבקשה⁴⁷. סעיף 58 ל- PACE מבטיח לכל עצור זכות לייצוג משפטי חינוך מסניגור העובד בשירות הציבורי ללא התחשבות ביכולתו הכלכלית, זאת כדי למנוע הפליה בין עצורים בשל מצבם הכלכלי. לצורך הבטחת זכות זו מופעלת בין היתר תורנות מיוחדת המאפשרת קבלת ייצוג משפטי 24 שעות ביממה. כן קיים פיקוח על רמת עורכי הדין הציבוריים ונציגיהם המוסמכים לתת ייצוג משפטי וכן נסיונות להעלות רמה זו⁴⁸.

חשוב לציין כי ההתייעצות בין עורך הדין לנחקר צריכה להתקיים במקום בו הם יכולים להיוועץ ביחידות, גם כאשר חשוד נועץ בעורך דינו באמצעות טלפון⁴⁹.

⁴⁵ Mirfield, לעיל הערה 26, עמ' 179 וכן Wolchover & Heaton- Armstrong, לעיל הערה 20, עמ' 253.

⁴⁶ Mirfield, לעיל הערה 26, עמ' 179 וכן R. v. Chahal Crim. L.R. [1992] 124.
⁴⁷ Code of Practice C, לעיל הערה 35, Annex B וסעיף 58 ל- PACE למעט בעבירות על פי ה- Prevention of Terrorism Act (Temporary Provisions) Act 1989 בהן ניתן על פי Annex B לדחות את הפגישה אף ל- 48 שעות.

⁴⁸ Wolchover & Heaton- Armstrong, לעיל הערה 20, עמ' 272-285 וכן: L. Bridges & J.Hodgson "Improving Custodial Legal Advice" Crim.L.R. [1995] p. 101.

⁴⁹ Code of Practice C, לעיל הערה 35, הערה 6J וכן פסקה 6.1.

התמריץ העיקרי אותו קובע הדין האנגלי כדי להבטיח קיומה של פגישה בין עורך הדין לבין לקוחו על ידי חוקרי המשטרה הוא הטלת סנקציה על חוקרי המשטרה לפיה אין לחקור, או להמשיך בחקירתו של חשוד שביקש להיפגש בסניגור עד לפגישתם⁵⁰. עם זאת הכיר המחוקק האנגלי בעובדה שלעתים קיימים אינטרסים הגוברים על זכותו של העצור להיוועץ בעורך דין והקנה, בנסיבות מסוימות, סמכות לחוקר משטרה לדחות את הפגישה⁵¹. בטרם סקירת העילות לעיכוב זכותו של העצור להיוועץ בעורך דין חשוב לציין כי בתי המשפט פירשו הוראה זו בצמצום רב וקיימים מקרים מועטים בלבד בהם היא חלה⁵². בכל מקרה בו נשללת זכותו של חשוד להיפגש בעורך דין חובה להודיע לו על השהיית זכותו להפגש בסניגור ולפרט את סיבת שלילת הזכות ברישומי המעצר. הסמכות לעכב את הפגישה עם עורך דין מוגבלת בחוק האנגלי ומחייבת התקיימות נסיבות ספציפיות. במידה שאותן נסיבות מפסיקות להתקיים חובה להודיע לנחקר על הפסקתן לנחקר ולאפשר לו להיפגש ללא דיחוי עם סניגור⁵³.

כאמור ה-PACE מציין מספר מקרים בהם מוסמך קצין משטרה לדחות פגישה בין סניגור ללקוח. הקטגוריה הראשונה של מקרים קובעת שורת תנאים מצטברים שבהתקיימם ניתנת לקצין משטרה סמכות לדחות את הפגישה מטעמי בטחון וזאת כאשר החקירה עוסקת בביצועה של עבירה חמורה⁵⁴: (1) החשוד עצור בגין עבירה חמורה המנויה ברשימה הקבועה בחוק וטרם הואשם באופן רשמי בביצועה (2) לדעת הקצין הפגישה עלולה לגרום להפרעה חמורה בחקירה, או לגרום בעקיפין לפגיעה בראיות הקשורות בביצוע עבירות חמורות, לסייע להברחת רכוש הקשור לביצוע העבירה, או לגרום לפגיעה גופנית באדם או להימלטות חשודים נוספים שטרם נעצרו.

⁵⁰ Wolchover & Heaton- Armstrong, לעיל הערה 20, עמ' 260.

⁵¹ שם, עמ' 260 - 264 וכן Code of Practice C, לעיל הערה 35, פסקאות 6.6, 6.7.

⁵² The Report of the Royal Commission on Criminal Justice HMSO (1993), p. 35, נציין כי מחקרים שנערכו בשנים האחרונות הראו שהשימוש בסמכות זו כמעט ואינו מתקיים, כך במחקרם של Bucke ו-Brown שסקרו 12,000 מקרים לא נמצא אפילו מקרה אחד בו נעשה שימוש בסמכות קצין המשטרה לדחות את הפגישה עם עורך דין. ראה:

Ashworth The Criminal Process- An Evaluative Study (2nd ed., Oxford University Press, 1998) p. 125.

⁵³ פסקה 6.7 ל- Code of Practice C, לעיל הערה 35.

⁵⁴ Wolchover & Heaton- Armstrong, לעיל הערה 20, עמ' 316-303 וכן Code of Practice C, לעיל הערה 35, פסקה 6.6, Annex B וכן סעיפים 58(6), 116 ו-118(2) ל-PACE. כן קיימים כללים ספציפיים לעבירות על פי החוק למניעת טרור המפורטים ב-Annex B וקצרה היריעה מלפרטם במסגרת זו.

הקטגוריה השנייה בה ניתן לדחות את קיום הזכות עוסקת במקרים דחופים⁵⁵. במקרים אלה, אף אם לא מתקיימים התנאים האמורים לעיל, קצין משטרה מוסמך לעכב את הפגישה עם עורך דין כאשר יש לאותו קצין יסוד סביר להניח שדחייה תגרום סיכון מיידי לאדם או נזק חמור לרכוש. קטגוריה זו מיועדת לשימוש במקרים חריגים ביותר, כגון מצב של חקירת שותף של חוטפים המחזיקים בכני ערוכה ומצבי חירום דומים.

שתי סמכויות נוספת לדחיית הזכות כרוכות בסיטואציות היוצרות דחייה שאינה סבירה בחקירה כתוצאה מאירועים הקשורים בהתעכבות עורך הדין⁵⁶. כך מוקנית לקצין משטרה סמכות להמשיך בחקירה ללא מתן זכות היוועצות במקרה שעורך דין הסכים להתייצב והזמן עד להתייצבות עורך הדין יגרום לדחייה בלתי סבירה בחקירה, או במקרה שלא ניתן ליצור קשר עם עורך הדין שמונה על ידי האדם והוא אינו מבקש לדבר עם עורך דין אחר. במקרים אלה קצין משטרה יכול לאשר גביית אמרה מהחשוד ללא נוכחות עורך דין. כדי לצמצם שימוש בסמכות זו מטילות התקנות חובה על המשטרה ליידע אדם, אף אם זה ויתר על זכותו לעורך דין, כאשר מגיע לתחנת משטרה עורך דין ומבקש ליידע את אותו אדם בדבר הגעתו וזאת אף אם הוא מצוי במהלך החקירה.

יש לציין כי החוק האנגלי אינו מכיר באינטרס של סטריליות החקירה כמצדיק מניעת פגישה בין עורך דין מסוים לבין לקוחו. אין הגבלה או אפשרות למנוע מעורך דין לייצב למספר חשודים באותה פרשה. כך שלמעשה קיימת אפשרות תיאורטית שעורך הדין ימעל באמון הניתן לו ויסייע ללקוחותיו לתאם עדויות או להעביר מידע חיוני ביניהם שעלול לסכל את החקירה. ההנחה העומדת בבסיס תפיסה זו היא שתפקידו של עורך הדין הוא להכריע בשאלות של ניגוד עניינים על פי הקוד האתי שלו ודי במישור האתי כדי למנוע את סיכול החקירה⁵⁷.

כאמור, להבדיל מחובת היידוע, זכות המפגש עם סניגור היא זכות שהחשוד יכול לוותר עליה. על מנת להבטיח כי החשוד מודע לזכותו ומוותר עליה מרצונו הטוב והחופשי עליו לחתום על טופס בו הוא מוותר על זכותו. בנוסף לחתימה זו, נקבע בתיקון לחוק משנת 1995 כי במקרה כזה ישאל החוקר את העצור לסיבות בגללן הוא מוותר על זכותו לייצוג משפטי ויתעד אותן בתיק החקירה⁵⁸. במקרים בהם בתחילת החקירה ביקש החשוד להשתמש בזכותו לייצוג משפטי ומאוחר יותר ויתר על זכות זו הנטל להוכיח כי החשוד

⁵⁵ Wolchover & Heaton- Armstrong, לעיל הערה 20, עמ' 264 - 271 וכן פסקאות 3.5 ו-6.5 והערה C-56, Code of Practice C, לעיל הערה 35.

⁵⁶ Wolchover & Heaton- Armstrong, לעיל הערה 20, עמ' 262-264 ופסקה 6.6 ל-Code of Practice C, לעיל הערה 35.

⁵⁷ Code of Practice C, לעיל הערה 35, הערה 6G.

⁵⁸ Wolchover & Heaton- Armstrong, לעיל הערה 20, עמ' 261-262 וכן פסקה 6.6 ל-Code of Practice C, לעיל הערה 35.

ויתר על זכותו מרצונו הטוב והחופשי גבוה יותר. לכן במקרים אלה יש להקליט את החשוד ברשמקול כמי שמסכים לוותר על זכותו או לקבל הסכמתו בכתב להתחיל בחקירתו ללא היוועצות בעורך דין. בנוסף לכך מחייב ה-PACE לאחר תיקונו בשנת 1995 כי קצין בדרגת מפקח ומעלה שבדק את הסיבות לשינוי התיר בכתב להמשיך את החקירה לאחר ששוכנע כי החשוד ויתר על זכותו מרצונו הטוב והחופשי⁵⁹.

זכותו של הנחקר ליעוץ היא ליעוץ על ידי עורך דין ספציפי על פי בחירתו⁶⁰. במידה שעורך הדין בו חפץ החשוד אינו יכול או אינו מעוניין להיפגש עם הנחקר, הרי שחובה לאפשר לו לממש את זכותו לקבל ייעוץ משפטי מעורך דין ציבורי או לנסות וליצור קשר עם עורך דין פרטי אחר. אם נכשל החשוד בנסיונו ליצור קשר עם עורך דין בשני המקרים, רשויות החקירה רשאיות להחליט אם לאפשר לחשוד ניסיונות נוספים למצוא סניגור או לחוקרו⁶¹.

6. נוכחותו של עורך הדין בהליכי החקירה

המרכיב השלישי בהבטחת זכות הייצוג במשפט האנגלי מאפשר לעורך הדין להיות נוכח בהליכי חקירה מסוימים. משמעותה העיקרית של זכות זו היא החובה המוטלת על רשויות החקירה שלא לחקור את החשוד ולגבות את אמרתו ללא מתן האפשרות הסבירה לעורך דינו להיות נוכח במהלך גביית עדותו⁶². כך חובה על רשויות החקירה לידע את סניגורו של החשוד אם הוא מצוי בתחנת המשטרה או ניתן ליצור איתו קשר טלפוני, בדבר גביית אמרתו של החשוד ולאפשר נוכחותו בעת גביית האמרה. נציין שנוכחותו של עורך דין נדרשת אף במספר הליכי חקירה אחרים שהחשובים בהם הם מסדר זיהוי או

⁵⁹ *Wolchover & Heaton- Armstrong*, לעיל הערה 20, עמ' 271 - 272 וכן פסקה 6.6 והערה 6I ל- *Code of Practice C*, לעיל הערה 35.

⁶⁰ *Wolchover & Heaton- Armstrong*, לעיל הערה 20, עמ' 273 וכן הערה 6B ל- *Code of Practice C*, לעיל הערה 35.

⁶¹ יש לציין כי "עורך דין" על פי ה-PACE פירושו אדם שיש לו רשיון לעריכת דין, מתמחה או אדם המופיע ברשימת הסיוע המשפטי כמי שרשאי להפגש עם לקוח לצורך מתן ייעוץ משפטי. אם מדובר במי שאינו מורשה לתת ייצוג משפטי הנשלח על ידי עורך דין, קצין בדרגת מפקח יוכל לאסור על ביקורו אם הוא סבור שהביקור עלול לפגוע בחקירה. עם כניסתו של אותו נציג לתחנה יחולו עליו כל הכללים החלים לגבי עורך דין.

בהפעלת שיקול הדעת האם להתיר כניסת נציג שאינו מוסמך על המפקח לקחת בחשבון במיוחד האם הזהות והמעמד של חסר ההכשרה הובהרה דיה, האם הוא אדם מתאים לתת ייעוץ משפטי (כך למשל האם יש לו רישום פלילי עדכני). אם המפקח מסרב לאפשר לנציג להיות נוכח בהליכי החקירה עליו להודיע לעורך הדין ששלח אותו ולאפשר לו לעשות סידורים חלופיים לפני תחילת החקירה.

ראה: *Wolchover & Heaton- Armstrong*, לעיל הערה 20, עמ' 285-287 וכן פסקאות 6.12-6.14 ל- *Code of Practice C*, לעיל הערה 35.

⁶² *Code of Practice C*, לעיל הערה 35, פסקה 6.5.

מסדר זיהוי מצולם בווידיאו⁶³. נציין כי בנקודה זו המשפט האנגלי מעניק הגנה נרחבת ביותר לחשוד במיוחד בהתחשב בעובדה שלאחר חקיקת ה-PACE חלק ניכר מהחקירות בתחנת משטרה חייבות להיות מוקלטות ברשמקול⁶⁴. קלטות הרשמקול אמורות לאפשר למעשה לבית המשפט להתרשם באופן בלתי אמצעי מהוגנות החקירה וכך לייתר את אחד מהתפקידים העיקריים של עורך הדין בחקירה כפי שראינו לעיל.

תפקידו היחיד של עורך הדין הנוכח בהליכי חקירה אלה בתחנת המשטרה הוא להגן על הזכויות של לקוחו ולקדם אותן⁶⁵. עורך הדין רשאי להתערב כדי להבהיר שאלה או כדי להתמודד אם שאלה שהוצגה באופן לא ראוי ללקוחו, ליעץ ללקוחו שלא לענות על שאלות מסוימות, להתריע על ביצוע הליכי חקירה הנוגדים את החוק או לבקש לעצור את החקירה ולתת ללקוחו ייעוץ משפטי נוסף⁶⁶.

עם זאת, מידת התערבותו של עורך הדין בהליכי החקירה היא מוגבלת. במידה שעורך הדין נוהג בהתנהגות שאינה ראויה בסמכותו של קצין משטרה שאינו קשור לחקירה להרחיק את עורך הדין מחדר החקירות⁶⁷. ניתן לעשות זאת אך ורק אם התנהגות עורך הדין מונעת ומפריעה באופן שאינו סביר להצגת שאלות ראויות לחשוד. דוגמאות להפרעות לא סבירות: מתן תשובה לשאלה על ידי סניגור במקום החשוד או הכנת תשובות כתובות לחשוד על ידי הסניגור כדי שיקריא אותן לחוקרים. הגישה הרווחת בחוק, בפסיקה ובספרות המשפטית האנגלית היא כי הוצאתו של סניגור מחקירה הוא צעד קיצוני שיש לבצעו אך ורק במקרים חמורים ביותר. מובן שהחוק אינו מכליל בגדר התנהגות שאינה ראויה ייעוץ משפטי של סניגור לחשוד שלא לשתף פעולה עם חוקריו. הכוונה היא להתנהגות פסולה של ממש שאינה ראויה לעורך דין ומסכלת את החקירה. במקרה כזה חובה לעצור את החקירה מיד לאחר הרחקתו של עורך הדין ולאפשר לחשוד נוכחותו של סניגור אחר שייצגו במהלך החקירה⁶⁸.

7. סיכום ומגמות בפסיקה ובספרות המשפטית באנגליה בשנים האחרונות

⁶³ Code of Practice C, לעיל הערה 35, Annex A סעיף 1, Annex B סעיף 7.
⁶⁴ B. Dickson "The Right to a Fair Trial in England & Wales" The Right To a Fair Trial (Editors D. Wiessbrodt, R. Wolfrum, Springer, Berlin, 1997)487 p.
 497 וכן Mirfield, לעיל הערה 26 עמ' 166.

⁶⁵ להרחבה בעניין זה ראה: Roberts "Questioning the Suspect: the Solicitor's Role" [1993] Crim.L. R. 368.

⁶⁶ Code of Practice C, לעיל הערה 53, הערה 6D.

⁶⁷ Code of Practice C, לעיל הערה 53, פסקאות 6.9-6.11.

⁶⁸ Wolchover & Heaton-Armstrong, לעיל הערה 20, עמ' 301-303.

כפי שראינו הדין האנגלי עבר ב- 20 השנים האחרונות מהפכה של ממש בהכרה בזכות החשוד לייצוג משפטי בחקירה. השינויים הרבים בדין האנגלי נוצרו לאחר הליך חקיקה ממושך ודיון ציבורי ותוך הסתמכות על מחקרים משפטיים ואחרים לבחינת הנושא. עקב הניסיון המר מהעבר ואי ההקפדה של רשויות החקירה על תקנות השופטים, נקבעו כללים מפורטים בתקנות תוך צמצומו של שטח ההפקר המשפטי למינימום האפשרי וקביעתן של סנקציות ברורות על הפרת זכויות הנחקר. כן נקבעה סנקציה חמורה ביותר המעניקה שיקול דעת לבתי המשפט לפסול ראייה במידה שהופרו הוראות החוק או התקנות ולא ניתנה לנחקר זכותו לייצוג משפטי.⁶⁹

בשנת '93 הוגשו ממצאי ועדה מלכותית לבחינת המצב המשפטי לאחר ה- PACE ומסקנותיה ויישומן החלקי מצביע במידה רבה על המגמות בדין האנגלי בסוגיה⁷⁰. הועדה בחנה מספר מחקרים שהראו כי הייתה עלייה של 8% בעקבות תיקון החוק בבקשות העצורים לסיוע משפטי בשנים לאחר חקיקת ה- PACE (מ- 24% מהחשודים ל- 32%). הועדה סברה כי יש לנסות לבצע מספר שינויים בחוק כדי להעלות את מספר החשודים המיוצגים בחקירה והציעה מספר הצעות לשינוי המצב המשפטי הקיים. כך הועדה הציעה לשנות את הדין שהיה בתוקף בשנת 1993 לפיו על עצור המעוניין לוותר על זכותו לייצוג משפטי לחתום על ויתור בטופס. לדעת הועדה ייתכן שמספר רב של עצורים מוותר על זכות זו ללא מחשבה מספקת ולכן המלצתה היתה לוודא על ידי מילוי דף המצביע על כל האפשרויות העומדות בפני העצור כאשר על העצור לבחור ולסמן כי ברצונו לוותר על זכותו לעורך דין. כן המליצה הועדה לחייב בחוק את החוקרים להקליט את הויתור על הייצוג המשפטי ברשמקול בחדר המעצר. כפי שראינו בסקירה לעיל חלק ניכר מהמלצות הועדה התקבלו ויושמו בחוק הקיים בעיקר בתיקון בשנת 1995. בעקבות תיקון זה עלה מספר החשודים המבקשים להיוועץ בעורך דין ב- 8% נוספים (מ- 32% ל- 40% מהחשודים)⁷¹. נציין כי מגמה זו של ניסיון לשפר את רמת הייצוג המשפטי והזמינות שלו כדי לאפשר לכל חשוד ייצוג משפטי נמשכת כיום.

מגמה נוספת בדין האנגלי כיום נוגעת לסמכות המשטרה לדחות את פגישתו של העצור עם עורך דין ולהמשיך בחקירתו ללא ייצוג משפטי. כפי שראינו לעיל, בסמכות זו כמעט ולא נעשה שימוש, למעט בעבירות מסוימות על פי החוק למניעת טרור בהן ניתן לעכב את הפגישה עם הסניגור לתקופה של 48 שעות⁷². במקרים אלה על פי החוק האנגלי לשתיקת הנאשם יש משקל ראייתי. מצב משפטי זה נדון בשנת 1996 בבית הדין האירופי

⁶⁹ Mirfield, לעיל הערה 26 וכן הרנון, לעיל הערה 1, עמ' 997 וכן "Cross & Tapper, *Tapper on Evidence*" (9th ed., Butterworths, London, 1999) p. 194.

⁷⁰ *The Report of the Royal Commission on Criminal Justice*, לעיל הערה 52.

⁷¹ Ashworth, לעיל הערה 52, עמ' 124. יש לציין כי באופן כללי בעבירות חמורות יותר עולה אחוז הייצוג על ידי עורך דין.

⁷² Dickson, לעיל הערה 64, עמ' 496 ו- 497.

לזכויות אדם בפרשת Muarry. באותו מקרה נעצר הנאשם בבית בצפון אירלנד בו הוחזק כשבוי אדם אחר, סוכן משטרה שהופעל כנגד ה-I.R.A. הנאשם נחקר במשך 48 שעות כ-12 פעמים כאשר כאמור עוכבה באותה תקופה פגישתו עם עורך דין. הנאשם שתק במהלך חקירות אלה ובית המשפט האנגלי ראה בשתיקה זו ראייה מחזקת את טענות התביעה. בית הדין האירופי קבע כי במקרה זה העמידו למעשה בפני החשוד שתי ברירות: האחת שמירה על זכות השתיקה והשנייה אי שמירה על זכות השתיקה ומסירת עדות מבלי שיוכל לנצל את זכותו לסניגור. בנסיבות אלה סבר בית הדין כי נפגעה זכותו של החשוד להליך הוגן הקבוע בסעיף 6 ל-European Convention of Human Rights. נראה כי פסק דין זה ופסקי דין נוספים של בית הדין האירופי עשויים לשנות בעתיד את המצב המשפטי באנגליה בסוגיה זו. במיוחד לאור חקיקתו של The Human Rights Act 1998 המאמץ באופן פורמלי את האמנה האירופית לזכויות האדם כבעל תוקף של חוק במשפט האנגלי ובכלל זה את סעיף 6 לחוק⁷³.

לסיכום ניתן לומר כי הדין האנגלי מנסה להתמודד עם הקושי הנדון ולאזן בין האינטרסים השונים בסוגיה. נראה כי מגמתו היום היא לנסות ולאפשר לחשוד ייצוג משפטי מקסימלי כאשר האיזון הולך ונוטה יותר מבעבר לכיוון זכויות החשוד על חשבון האינטרס הציבורי למניעת פשעים וגילוי האמת.

ג. הדין הקנדי

1. כללי- רקע

בדומה לאנגליה, כך גם בקנדה בתחילת שנות ה-80 השתנה בצורה ניכרת מעמדה של הזכות לייצוג משפטי על ידי סניגור במהלך החקירה. בשנת 1982 עם כניסתה לתוקף של החוקה הקנדית Canadian Charter of Rights and Freedoms (להלן- הצ'רטר) קיבלה לראשונה זכות זו מעמד חוקתי ועוגנה בסעיף 10 (B) לחוקה. לפני כינונו של הצ'רטר הקנדי לזכויות וחירויות, זכות זו נשענה בעיקר על ידיעתו של חשוד שהוא יכול להשתמש בזכות זו ולא היה לה כל מעמד חוקתי. סעיף 10 (B) לצ'רטר שעיגן את הזכות בחוקה הוסיף לזכות לייצוג משפטי שהוכרה במשפט הקנדי עוד לפני הצ'רטר את החובה

⁷³ שם, שם. כן 29, 1996, E.H.R.R., vol. 22, *Muarry v. U.K.*, ובנוסף *Mirfield*, לעיל הערה 26 עמ' 309 – 315. כן:

Crim.L.R. Mundy "Inferences From Silence & European Human Rights Law" [1996] 370.

S. Stavros "The Guarantees For Accused Persons Under Article 6 of the European Convention on Human Rights" *The Right To a Fair Trail* (Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1993) pp. 201- 221.

לעניין השפעתו של The Human Rights Act 1998 ראה:

A. Ashworth "Article 6 and the Fairness of Trails" *Crim.L.R.* [1999] 261.

ליידע כל אדם המעוכב או עצור בדבר זכותו לייצוג משפטי ולאפשר לו לממש זכות זו ללא דיחוי.⁷⁴ הצ'רטור כולל אף את סעיף 24 המאפשר לכל מי שזכויותיו המובטחות על ידי הצ'רטור נפגעו או נדחו לפנות לבית המשפט בבקשה לפסול את הראיות שהושגו שלא כדין. סעיף זה הקנה לבתי המשפט סמכות לפסילת ראיות שהושגו תוך הפרת זכויות בסיסיות ובכללן הזכות לייצוג משפטי בהליכי חקירה. פסילה זו תבצע לאחר בחינת נסיבות העניין ומתוך שיקול כי קבלתה של הראייה עלולה לגרום לעיוות דין, כאשר מטרת כלל הפסילה היא להגן על המוניטין של מערכת המשפט ומראית פני הצדק וכן לאפשר לחשוד הליך הוגן.⁷⁵

סעיף 10 (B) לצ'רטור מעגן שתי זכויות המתייחסות לייצוג משפטי בהליכים פליליים: הזכות הראשונה היא לשכור את שירותיו ולהיות מיוצג על ידי עורך דין ללא דיחוי והשנייה להיות מיוודע על קיומה של זכות זו (חובת היידוע). כאמור המשפט הקנדי שם דגש על האינטרס של הבטחת הוגנות החקירה והליכי עשיית הצדק. לכן על פי תפיסה זו עיקר החשיבות של הזכות לייצוג משפטי בהליכי החקירה הוא באינפורמציה ובסיוע שהסניגור מעניק לחשוד ובעיקר הבטחת ההגנה על זכותו שלא להפליל את עצמו. בהתאם לכך גישת בית המשפט העליון הקנדי, אותה נבחן בהמשך, היא להעניק הגנה מורחבת ומעמד מיוחד לזכות לייצוג על ידי עורך דין כדי למלא את המטרות האמורות תוך שימוש בפרשנות תכליתית ומרחיבה של סעיף 10 (B) לצ'רטור.⁷⁶

2. החובה ליידע נחקר בדבר קיומה של זכותו לייצוג משפטי

(1) הנסיבות בהן נוצרת החובה ליידע נחקר בדבר זכותו לייצוג משפטי

R.J. Marin *Admissibility of Statements* (9th ed., Canada Law Book Inc.,⁷⁴ Aurora, Canada 1999) pp.5-1.

⁷⁵ הרנון, לעיל הערה 1, עמ' 1003 – 1006 וכן גרוס, לעיל הערה 31, עמ' 170 – 177.

T. Quigley *Procedure in Canadian Criminal Law* (Carswell, Scarborough⁷⁶, 1997) pp.143 – 144.

על פי החוק הקנדי כל חשוד שעוכב או נעצר הוא בעל זכות לייצוג משפטי וחייבים ליידע אותו בדבר קיומה של זכות זו לפני חקירתו במשטרה. בתי המשפט הקנדיים נדרשו לא אחת לשאלה מהו "עיכוב" או "מעצר" בהקשר זה. התפיסה הבסיסית שהנחתה את בית המשפט בפרשנות המושגים הללו, ובעיקר בפרשנות המונח "עיכוב", היא שמן הראוי לפרש את המושגים באמצעות פרשנות תכליתית אף מעבר למשמעותם המקובלת כדי למנוע מצב שאדם יפליל את עצמו מבלי שיזכה לייצוג משפטי ויהיה מודע לזכויותיו.⁷⁷

אחד מפסקי הדין המרכזיים הדנים בפרשנות הראויה למושג עיכוב ניתן בעניין Therens.⁷⁸ באותו מקרה נדון עניינו של חשוד שהתבקש לערוך בדיקת נשיפה לאחר שהיה מעורב בתאונת דרכים. החשוד שיתף פעולה באופן מלא עם חוקרי המשטרה וביצע את בדיקת הנשיפה בהתאם לדרישה, כאשר לא הודע לא באף שלב על זכותו לייצוג משפטי. במשפטו טען החשוד כי יש לפסול את דגימת הנשיפה שכן זו נלקחה ממנו בעת שהיה מעוכב על ידי המשטרה, מבלי שהודיעו לו על זכותו לייצוג משפטי בניגוד להוראות הצ'רטר. בית המשפט בערכאה הראשונה קבע שלא התקיימו הוראות סעיף 10 (B) לחוקה ולא הודע לחשוד על זכותו לייצוג משפטי ולכן פסל את תוצאות מבחן הנשיפה, כך גם קבע בית המשפט לערעורים. על החלטה זו הוגש ערעור לבית המשפט העליון הקנדי שדן בעיקר בשאלה האם בסיטואציה של בדיקת נשיפה מצוי החשוד במצב של "עיכוב" על פי הגדרת הצ'רטר.

בפסק דינו המנחה בסוגיה קבע שופט בית המשפט העליון הקנדי, Le Dain, כי יש לפרש את המילה עיכוב בסעיף 10(B) לצ'רטר באופן תכליתי בהתאם למטרתו של הסעיף. הנחת הבסיס שעליה מבוסס הסעיף היא כי בסיטואציות של עיכוב ומעצר הגבלת החירות עשויה למנוע מהחשוד גישה ליעוץ משפטי, או עלולה לנטוע באדם את ההרגשה כי אין הוא זכאי להיוועץ באותו שלב עם סניגור. לכן מטרת הסעיף היא להגן על זכויות החשוד ולהבטיח שבמקרים אלה, שבהם הוא סבור שאין ביכולתו להיוועץ בעורך דין, יידעו אותו חוקרי המשטרה כי קיימת לו זכות זו. בית המשפט הסיק ממטרה זו שלמעשה משמעות המילה עיכוב היא הגבלה של חירות, השונה ממעצר, במהלכו זקוק אדם באופן סביר לייצוג משפטי אבל עלול להימנע מקבלת ייצוג כזה בין בשל אי יכולת פיזית ובין בשל מניעה פסיכולוגית.⁷⁹

בית המשפט קבע כי בנסיבות המקרה על פי החוק הקנדי סירוב להבדק בבדיקת נשיפה ללא צידוק סביר בנסיבות המקרה היה עלול להוביל למעצרו של החשוד ולהוות לכאורה

⁷⁷ Marin, לעיל הערה 74, עמ' 2-5 – 26-5.

⁷⁸ R. v. Therens (1985) 1 S.C.R. 613.

⁷⁹ מעניין ציין כי באנגליה נקבע במפורש בפסקה 11.1A ל- Code of practice C כי בדיקות נשיפה אינן מהוות חקירה לצורך הסוגיה של מתן זכות ייצוג לסניגור ואין חובה לאפשר מפגש לפני עריכתן עם סניגור.

עבירה פלילית על פי החוק הקנדי. כך שלמעשה Therens היה, בעת שהתבקש לתת דגימת נשיפה, בסכנה אפשרית של מעצר והעמדה לדין במידה שיסרב לדרישת רשויות החקירה. לכן לדעת בית המשפט הייתה באותו מקרה מניעה פסיכולוגית אפקטיבית שעשויה הייתה ליצור בקרב החשוד תחושה שהוא חייב לקיים את הבדיקה ואין לו זכות להיוועץ בעורך דין. מניעה פסיכולוגית זו היא שיצרה את הסיטואציה של עיכוב בנסיבות המקרה, ומכאן שהחשוד היה מעוכב בעת שהתבקש להיבדק בבדיקת נשיפה וחובה היה ליידעו בדבר זכותו לייצוג משפטי.

יש לציין כי הגדרה זו ל"עיכוב" מתווה עד היום עד העקרונות לפירוש המושג "עיכוב" בדין הקנדי למרות שצומצמה במקצת על ידי פסקי דין נוספים.

פסק דין עיקרי חשוב נוסף בשאלה הוא R. v. Moran⁸⁰ שם עלתה השאלה האם כאשר אדם מוזמן לחקירה במשטרה הוא נכלל בגדר ההגדרה של "מעוכב" על פי הצ'רטר. במקרה זה החשוד הגיע לתחנת המשטרה לאחר שבשיחת טלפון עם חוקר נשאל האם הוא מעדיף שהמשטרה תבוא לביתו או שהוא יבוא לתחנה לחקירה. הוא בחר ללכת לתחנת המשטרה ולמסור שם את גרסתו, כאשר לאחר חקירה זו הוא הורשה ללכת לביתו ונעצר חודשים מאוחר יותר.

בית המשפט שדן במקרה זה קבע שבקשתה של המשטרה היא הצעה שקשה מאוד לסרב לה היוצרת מניעות פסיכולוגית ולכן נוצר כאן עיכוב. לכן הייתה חובה על החוקרים ליידע את החשוד על זכותו לייצוג על ידי עורך דין. בפסק דין זה ובשורה של פסקי דין נוספים⁸¹ נקבעו סדרה של מבחני עזר בהם יכולים להעזר בתי המשפט בקביעה האם מתקיים "עיכוב":

- 1) הלשון המדויקת בה השתמש חוקר המשטרה בבקשתו מהחשוד לבוא עמו לתחנת המשטרה והאם הותיר לחשוד בחירה לערוך את החקירה בתחנת המשטרה או במקום אחר.
- 2) האם החשוד לווה על ידי המשטרה לתחנה או בא בעצמו.
- 3) האם החשוד עזב בסוף החקירה או האם הוא נעצר.
- 4) השלב בו נערכה החקירה - כלומר האם החקירה הייתה חלק מחקירה כללית של פשע או פשע אפשרי או האם המשטרה כבר החליטה שפשע התבצע ושהחשוד היה מעורב בכיצועו והחקירה התבצעה במטרה להשיג כנגדו ראיות מפלילות.
- 5) האם למשטרה היה יסוד סביר להניח כי החשוד ביצע את העבירה שעליה נסבה החקירה.
- 6) אופי השאלות בחקירה - האם היה מדובר בשאלות כלליות שמטרתן השגת מידע או האם החשוד עומת עם ראיות הקושרות אותו לביצוע העבירה.

D. Stuart Charter Justice in Canadian Criminal Law (Carswell⁸⁰ (Ont. C.A.), Scarborough, 1997) p.257-261
⁸¹ Marin, לעיל הערה 74, עמ' 13-5 – 26-5 וכן Quigley, לעיל הערה 76, עמ' 92-93.

7) הרגשתו הסובייקטיבית של החשוד - האם הרגיש שהוא מעוכב. תחושה זו היא כמובן מבחן עזר ואין היא בעלת אופי מכריע בשאלה האם התקיים "עיכוב" שכן המבחן הוא אובייקטיבי.

יש לציין כי בנסיבות מיוחדות חייבת המשטרה ליידע בשנית חשוד בדבר זכותו לייצוג משפטי, לאחר שניתנה לו כבר הודעה בעת שעוכב או נעצר קודם לכן. נסיבות אלה מתקיימות במקרה שהחשוד משנה את דעתו לאחר שויתר על זכותו לייצוג משפטי ומבקש להיוועץ בעורך דין וכן במקרה בו ההאשמות בהן מואשם החשוד משתנות. כך למשל בפסק הדין *R. v. Black*⁸² נעצר החשוד בחשד לביצוע ניסיון לביצוע רצח. במהלך החקירה מת קורבן העבירה ובית המשפט קבע שחובה היה על המשטרה ליידע את החשוד בדבר המוות, העובדה שהוא נחשד בביצוע רצח ולהודיע לו שוב על זכותו לייצוג משפטי.

(2) תוכנה של חובת היידוע

במידה שאכן התקיים עיכוב, על חוקרי המשטרה ליידע את החשוד בדבר זכותו לייצוג משפטי. תוכן המידע שחייב להיות מסופק על ידי המשטרה לחשוד במסגרת חובת היידוע עבר שינויים רבים במהלך השנים, עד שהתגבשה הלכה אחידה בעניין על ידי בית המשפט העליון⁸³. בית המשפט העליון הגדיר ב- *R. v. Brydges*⁸⁴ את חובת היידוע כמחייבת בנוסף להודעה על זכותו לייצוג משפטי אף הודעה כי קיימת בחוק אפשרות למתן ייצוג משפטי חינם בנסיבות מסוימות. פסק הדין *Bartle*⁸⁵ קבע שחובת היידוע כוללת אף מתן הודעה לחשוד בדבר הדרך להתקשר לשירותי הייצוג הציבוריים כגון מתן מספרי הטלפון וכו'.

עם זאת בפסק הדין בעניין *Prosper*⁸⁶ דחה בית המשפט את הטענה כי הצ'רטר מחייב את המדינות השונות להבטיח ייצוג על ידי סניגור ציבורי ולאפשר סיוע משפטי ראשוני ומידי חינם. בית המשפט קבע כי סעיף 10 (B) לא העניק באופן מפורש זכות לסיוע משפטי ראשוני ומידי חינם, כאשר אף ההיסטוריה החקיקתית של הצ'רטר מוכיחה כי זכות זו נדחתה בזמן חקיקת הצ'רטר. נציין בהקשר זה כי הדיעה הרווחת בספרות היא שבית המשפט העליון הקנדי בהתחשב באופייה הפדרלי של קנדה לא רצה להטיל על

⁸² *R. v. Black* (1989) 2 S.C.R. 138 וכן *Quigley*, לעיל הערה 76, עמ' 147.

⁸³ *Quigley*, לעיל הערה 76, עמ' 144 – 145.

⁸⁴ *R. v. Brydges* (1990) 1 S.C.R. 190

⁸⁵ *R. v. Bartle* (1994) 33 C.R. (4th) 1 (S.C.C.)

⁸⁶ *R. v. Prosper* (1994) 33 C.R. (4th) 33 (S.C.C.)

המדינות השונות בקנדה חובות שעלותן הכספית גבוהה⁸⁷ ולכן דחה את הטענה האמורה.⁸⁸

קיימת ביקורת רבה בספרות המשפטית על ההסדר המשפטי של חובת היידוע במשפט הקנדי⁸⁹. הביקורת מתמקדת בטענה שהחוקרים אינם חייבים לוודא האם החשוד הבין את האינפורמציה שנמסרה לו שכן המבחן לבדיקה האם התקיימה חובת היידוע הוא כאמור אובייקטיבי. רק במקרים בהם קיימת אינדיקציה שלחשוד אין את היכולת להבין את הזכויות נוצרת חובה על החוקר להסביר את ההודעה בצורה שתהיה מובנת לחשוד הספציפי. הסדר זה דורש למעשה מחשוד שלא יוכל להבין את ההודעה כתוצאה ממגבלה מסויימת ליידע את השוטר בדבר מצבו, לפני מתן ההודעה, דרישה לא סבירה במקרים רבים.

3. זכותו של החשוד להיוועץ בעורך דין ביחידות במהלך החקירה

אם חשוד מבקש להיוועץ עם עורך דין, מתגבשות מספר חובות המוטלות על רשויות החקירה כדי לאפשר מימוש הזכות: 1) קיימת החובה להציע לו אפשרות סבירה לעשות כן- בחובה זו כלולים האמצעים כגון טלפון ואפשרות לדבר בפרטיות עם עורך דינו. 2) החובה להפסיק את החקירה עד למתן האפשרות הסבירה לחשוד לדבר עם עורך דינו. חובה זו של מניעת המשך החקירה עד להגעתו של עורך הדין נקבעה על ידי המחוקק הקנדי כפשרה לאחר שנדחתה ההצעה למתן ייצוג על ידי סניגור ציבורי שיהיה תורן בבית המעצר. למעשה חובה זו מציבה סנקציה מעשית נוספת על האפשרות לפסול את הראייה המבטיחה שהחשוד יוכל לממש את זכותו להיוועץ בעורך דין. בצורה זאת גם בהיעדר הנהגת שיטה של תורנות חובה של סניגורים ציבוריים בבתי המעצר מובטח כי כל חשוד יוכל להיוועץ בעורך דין לפני המשך החקירה וגביית אמרתו אם רצונו בכך.⁹⁰

כאמור הזכות לייצוג משפטי ניתנת לויתור על ידי החשוד. הסטנדרטים הנדרשים כדי להוכיח כי החשוד ויתר על זכותו הם גבוהים ויש להוכיח כי החשוד תוך שקילת הנסיבות החליט לוותר על זכותו בצורה חופשית. ויתור יכול להיות משתמע אבל מובן שקיים

⁸⁷ נציין כי בשנת 1992-1993 למרות העובדה שכ- 35% מהבקשות לסיוע משפטי חינום מהמדינה נדחות, ההוצאה הכספית בשנה זו של מדינות קנדה השונות נאמד ביותר מ- 600 מיליון דולר.

K. Roach & M.L. Friedland "The Right to a Fair Trial in Canada" **The Right To a Fair Trial** (Editors D. Wiessbrodt, R. Wolfrum, Springer, Berlin, 1997) 3 p. 12.

⁸⁸ Quigley, לעיל הערה 76, עמ' 145.

⁸⁹ שם, עמ' 145 – 146.

⁹⁰ שם, עמ' 145 – 147.

קושי ראייתי רב בהוכחה כי הויתור היה חופשי תוך שקילת הנסיבות מבלי שהויתור יובע בצורה מפורשת⁹¹.

מבלי להתעלם מחובות המשטרה בהתחשב בסעיף 10 (B) החשוד חייב להפעיל שקידה ראויה במימוש זכותו לעורך דין. היעדר התמדה בנסיונו לקבל ייצוג משפטי עשוי להיחשב כויתור על הזכות. כך למשל בפסק הדין R. v. Leclair בית המשפט מצא שחשוד נקט בשקידה ראויה כאשר הוא התעקש להתקשר לעורך דין על פי בחירתו באמצע הלילה. בית המשפט פסק שזוהי זכותו לעשות כן לתקופת זמן סבירה לפני שניתן להניח שויתר על זכותו⁹².

⁹¹ שם, עמ' 147 – 148 וכן Marin, לעיל הערה 74, עמ' 37-5 – 45-5.

⁹² Quigley, לעיל הערה 76, עמ' 147 - 148.

4. נוכחותו של עורך הדין בהליכי החקירה

הדין הקנדי מכיר בחשיבות הרבה שיש לשמירה על יעילות החקירה מחד, ומנגד בחשיבות ההגנה על זכויות החוקתיות של חשוד בביצוע חקירות אלה. לשם כך הציב הדין מספר הגבלות על חקירתו של החשוד: כך למשל על המשטרה קיימת חובה להציע לחשוד עסקת טיעון לחשוד אך ורק באמצעות עורך דינו.⁹³ חובה נוספת היא איסור לחקור את החשוד על היחסים בינו ובין עורך דינו. כמו כן אסור לחקור חשוד שביקש שלא לדבר עם המשטרה בהיעדרו של עורך דינו.⁹⁴

עם זאת הכיר בית המשפט הקנדי בכך שבהקשרים שונים לא ניתן לאפשר לעורך דין להיות נוכח בהליכי החקירה ואף לחשוד להיוועץ בעורך דין על ידי פגישה (להבדיל מייעוץ טלפוני) על אף שהחשוד עוכב וקמה חובה ליידע אותו בדבר זכותו לייצוג משפטי. כך, למשל, ככל שמדובר במכשירים למדידת אלכוהול. בית המשפט העליון קבע שדרישה לתת בדיקות נשיפה כאלה משמעותה עיכוב. אך עם זאת קבע בית המשפט כי הדרישות התפעוליות של המכשיר הם כאלה שזוהי הגבלה הוגנת על זכות לייצוג על ידי עורך דין. הנימוקים לכך היו: החשיבות שהבדיקה תערך באופן מיידי והעובדה שכשלון במבחן לא מוביל כשלעצמו לאחריה פלילית. הזכות לייצוג מתקיים בשלב הבא של בדיקות נשיפה שתוצאותיהן עלולות להוביל להרשעה בפלילים. פסיקה דומה בנושא חיפוש קובעת כי ניתן לבצע חיפוש ללא צורך להמתין לייצוג משפטי אלא אם חוקיות החיפוש תלויה בהסכמה או אם קיים חוק המאפשר בקשה לעיון חוזר של ההחלטה לחפש.⁹⁵

5. סיכום ומגמות עתידיות בדין הקנדי

כפי שראינו הדין הקנדי עבר אף הוא שינוי משמעותי עם כניסתו לתוקף של הצ'רטר המאפשר לבתי המשפט לפסול ראיות שהושגו תוך הפרת זכות הייצוג. הצ'רטר הרחיב את הזכות לייצוג וקבע לראשונה את חובת היידוע. עם זאת להבדיל מהמצב המשפטי באנגליה בה נוסחו כללים משפטיים ברורים בנושא זכות הייצוג, הדין הקנדי העדיף לקבוע עקרון חוקתי כללי. שיטה זו הותירה לאקונה משפטית רחבה בסוגיות אלה שיצרה מצב של חוסר ודאות משפטי בשאלות רבות הקשורות לזכות הייצוג על ידי סניגור. חוסר ודאות זה נותר אף כיום בסוגיות מסוימות למרות התייחסות רבה בפסיקה הקנדית לסעיף 10 (B) לצ'רטר ונסיונות רבים לצמצם את חוסר הודאות על ידי בתי המשפט השונים במספר רב של פסקי דין שמקצתם אף סותרים אלה את אלה. לסיכום, הדין הקנדי כיום מותיר שטח הפקר של חוסר ודאות בנושאים רבים וכתוצאה מכך מעניק שיקול דעת

⁹³ Stuart, לעיל הערה 80, עמ' 282 – 283.

⁹⁴ Quigley, לעיל הערה 76, עמ' 148.

⁹⁵ שם, עמ' 148 – 149.

נרחב לרשויות החקירה. שיקול דעת שלא תמיד מופעל על ידי רשויות החקירה במקרים רבים בצורה התואמת את מטרות החוק כפי שראינו בסקירה זו.

ד. הסדר הסוגיה בארצות הברית

1. כללי

שיטת המשפט הפדרלית מעניקה סמכויות נרחבות לכל מדינה (STATE) מהמדינות המרכיבות את ארצות הברית. בתחום המשפט הפלילי לכל מדינה סמכות לחוקק חוקים פליליים וסדרי דין פליליים לשם הסדרת הסדר הציבורי, הביטחון, המוסר ובריאותם של תושבי אותה מדינה⁹⁶. כך שלכאורה סקירה של סוגיית הזכות לייצוג המשפטי בהליכים פליליים בארצות הברית פירושה סקירה של הדינים השונים בכל מדינה ומדינה וכן הדין הפדרלי החל במקרים של פשעים בין מדינות ופשעים כנגד הממשל הפדרלי של ארצות הברית. מובן שקצרה היריעה במאמר זה כדי לסקור את כל השיטות המשפטיות הללו.

המשותף לשיטות משפט נפרדות אלה הוא החוקה האמריקאית ופסיקת בית המשפט העליון המפרשת אותה. החוקה ופסקי דינו של בית המשפט העליון קובעים את הזכויות החוקתיות שחובה להעניק לכל חשוד בכל מדינה ומדינה. אין מדובר במערכת קוהרנטית של חוקים וכללים, בדומה למשל להסדר בדין האנגלי, אלא במעין רשת ביטחון המבטיחה את זכויותיו הבסיסיות של החשוד כאשר כל מדינה יכולה להקנות לחשוד זכויות נוספות. אחת מהזכויות המובטחות על ידי החוקה ופסיקת בית המשפט העליון היא הזכות לייצוג משפטי בהליכים פליליים. במאמר זה, נעמוד על ההתפתחויות בפסיקה של בית המשפט העליון והוראות החוקה בסוגיה הנדונה⁹⁷.

2. רקע היסטורי ומגמות בדין הנהוג בארצות הברית

התיקון השישי לחוקה האמריקאית ביסס כבר בשנת 1791, עם קביעתו, את זכותו של הנאשם במשפט פלילי לייצוג משפטי בהליכים שלאחר העמדתו לדין. תיקון זה קובע כי:

⁹⁶ ק' מן "ביקורת שיפוטית וערכי יסוד בהליך הפלילי: זכות הייצוג במשפט האמריקני ופיתוח המשפט הישראלי" **עיוני משפט יג** (תשמ"ז) 557, 568 – 572.
⁹⁷ T. J. Hickey **Criminal Procedure** (Mcgraw- Hill, Boston, 1998) p.2-12

“In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right ... to have the assistance of counsel for his defense.”

מטרתה של זכות הייצוג המוסדרת בתיקון השישי לחוקה היתה למנוע מצב בו עלול אדם לאבד את חירותו או את חייו מבלי שהדבר יתקיים במסגרת הליך הוגן שבו הוא יהיה מיוצג על ידי עורך דין.⁹⁸

החל משנות ה-30 ובעיקר בתחילת שנות השישים, בעקבות שורה ארוכה של פסקי דין תקדימיים, הורחבה ועוצבה הזכות לייצוג משפטי להליכים הקודמים למשפט והוחלה על המדינות השונות בארצות הברית. במסגרת הרחבה זו נקבע כי קיימת חובה לאפשר לנאשם ייצוג משפטי ובמידה שאין ביכולתו של הנאשם לשכור שירותיו של עורך דין קיימת חובה על המדינה או הרשות הפדרלית לאפשר לו ייצוג משפטי חינם.⁹⁹ כיום חלה הגנתו של התיקון השישי על כל אדם המואשם בביצוע מרבית העבירות הפליליות בארצות הברית ובכל מקרה בו מוטל על אדם עונש מאסר בפועל בשל ביצוע עבירה פלילית.¹⁰⁰

זכות זו, שמטרתה כאמור הבטחת הליך הוגן בדיון המשפטי, נוצרת עם תחילת ההליכים המשפטיים האדוורסריים המתחילים לרוב בעת האשמתו הרשמית של החשוד בביצוע העבירה. הזכות מתקיימת החל מנקודה זו בכל אחד מהשלבים החשובים שיש להם השפעה קריטית על ההליך המשפטי (Critical Stages)¹⁰¹. כדי להבטיח את כיבוד הזכויות הרי שבמידה שהרשויות יפרו אותן, כל הראיות שהושגו כתוצאה מההפרה או נובעות ממנה אינן קבילות¹⁰². עם זאת, חשוב לציין כי התיקון השישי לחוקה ופסיקת בית המשפט העליון בעקבותיו אינם מעניקים לחשוד הגנה וזכות לייצוג משפטי במרבית הליכי החקירה, שכן מרבית ההליכים מתקיימים בדרך כלל לפני האשמתו הרשמית בביצוע העבירה.

באמצע שנות ה-60 קבע בית המשפט העליון האמריקאי במספר פסקי דין כי זכותו של החשוד להימנע מלהפליל את עצמו בחקירה (הידועה גם כזכות השתיקה) הקבועה

⁹⁸ *Johnson v. Zerbst* 304 U.S. 458, 463 (1938)

⁹⁹ מן, לעיל הערה 96, עמ' 572 - 600 ופסקי דין רבים שהחשובים שבהם:

Gideon v. Wainwright 372 U.S. 335, 342 (1963) וכן *Johnson v. Zerbst*, לעיל הערה 98, שם.

¹⁰⁰ *Scott v. Illinois* 440 U.S. 222, 232 (1980) וכן *Baldasar v. Illinois* 446 U.S. 222, 232 (1980) 367 (1979).

¹⁰¹ *Kirby v. Illinois* 406 U.S. 45, 62 (1932) וכן *Powell v. Alabama* 287 U.S. 682, 689 (1972) (דעת הרוב).

¹⁰² *U.S. v. Turnbull* 888 F.2d U.S. 636, 638 (9th cir. 1989)

בתיקון החמישי לחוקה¹⁰³ מחייבת את רשויות החקירה להעניק לחשוד זכויות מסוימות במהלך החקירה. אחד מפסקי הדין המרכזיים שנפסק בסוגיה זו הוא *Malloy v. Hogan*¹⁰⁴. בפסק דין זה נקבע לראשונה כי הזכות לחיסיון מפני הפללה עצמית הקבועה בתיקון החמישי לחוקה חלה על כל ההליכים הפליליים בכל המדינות בארצות הברית מכוח התיקון ה-14 לחוקה.

באותה שנה הלך בית המשפט העליון צעד נוסף לקראת הרחבת ההכרה בזכות הייצוג בהחלטה בפרשת *Escobedo*¹⁰⁵. באותו מקרה, בו נמנעה מחשוד זכותו להיפגש בעורך דינו למרות בקשתו, קבע בית המשפט כי זכותו של החשוד להימנע מפני הפללה עצמית מחייבת את המשטרה בעת ביצוע החקירה להעניק לחשוד זכויות וביניהן זכותו לייצוג משפטי. בית המשפט קבע בפסק הדין בהקשר זה כי שלילת זכותו החוקתית של החשוד להפגש עם עורך דינו הנובעת מזכותו לאי הפללה עצמית מצדיקה פסילה של אמרתו בלא קשר לשאלה האם עמדה ההודייה במבחן הוולונטריות. גישה זו מבוססת על התפיסה כי שיטה משפטית המתבססת על הודאות בהן חשודים מפלילים את עצמם בביצוע עבירות היא בטווח הארוך מהימנה פחות מאשר שיטה המבוססת על איסוף חומר ראיות בלתי תלוי. עם מתן פסק הדין החל ויכוח ציבורי נרחב בארצות הברית שבעקבותיו הוגשו מספר ערעורים במקרים דומים לבית המשפט העליון האמריקאי.

על רקע פסקי הדין הללו והדיון הציבורי בעקבותיהם בשנת 1966 פסק בית המשפט העליון את פסק הדין המנחה בסוגיה בפרשת *Miranda* (להלן: מירנדה)¹⁰⁶. עובדות המקרה היו כדלקמן: ארנסטו מירנדה, אדם עני בן 23 עם השכלה מצומצמת שלדעת מספר מומחים סבל ממחלת נפש, נעצר כחשוד בביצוע חטיפה ואונס לאחר שזוהה במסדר זיהוי על ידי קורבן האונס. במהלך חקירתו שארכה שעות ספורות בלא שהופעל עליו כל לחץ, כוח או איומים ובלא שהובטחו לו הבטחות כלשהן, מסר הודאה בעל פה, ואחר כך כתב הודאה מפורטת שאת תוכנה אישר בחתימתו. בבית המשפט טען מירנדה בהסתמך על הלכת *Escobedo* כי נשללה ממנו זכותו לייצוג משפטי ולכן הודאתו אינה קבילה כראייה. טענותיו של מירנדה נדחו על ידי בתי המשפט בערכאות הנמוכות והוא הורשע בחטיפה ובאונס.

בית המשפט העליון של ארצות הברית דן בערעורו של מירנדה ובשלושה ערעורים שעסקו במקרים דומים והעלו שאלות משפטיות דומות. ברוב של חמישה שופטים מתוך תשעה נקבע כי זכות הנאשם שלא להפליל את עצמו המפורטת בתיקון החמישי לחוקה

¹⁰³ על פיו "...no person ... shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself."

¹⁰⁴ *Malloy v. Hogan* 378 U.S. 1, 8 (1964)

¹⁰⁵ *Escobedo v. Illinois* 378 U.S. 478 (1964)

¹⁰⁶ *Miranda v. Arizona* 384 U.S. 436 (1966)

מחייבת נקיטת מספר אמצעים על ידי רשויות החקירה, כדי להבטיח את מימושה של הזכות. כך בסיטואציה שעלתה בפסק הדין כאשר אדם מצוי בחזקת המשטרה או נשללת ממנו הזכות לחירות באופן ממשי והוא נחקר על ידי רשויות החקירה השונות יש צורך במספר הגנות פרוצדורליות שימנעו פגיעה בזכויותיו ונקבעו במפורש בפסק הדין:

“He must be warned prior to any questioning that he has the right to remain silent, that anything he says can be used against him in a court of law, **that he has the right to the presence of an attorney, and that if he cannot afford an attorney one will be appointed for him prior to any questioning if he so desires**”¹⁰⁷.

בית המשפט קבע כי במקרה של פגיעה בזכויות בסיסיות אלה של החשוד הראייה שהושגה לא תהיה קבילה בבית המשפט¹⁰⁸. כן נקבע כי בעובדות המקרה הופרו הזכויות הללו ולכן ההודאה אינה קבילה וכתוצאה ישירה מכך הרשעתו של מירנדה בחטיפה ובאונס בטלה¹⁰⁹.

פסק דין זה יצר שינוי של ממש בדין האמריקאי ונחשב עד היום כאחד מפסקי הדין המרכזיים והחשובים במשפט האמריקאי. מאז פסק הדין ועד היום נכתבה ספרות משפטית רבה על פסק הדין וניתנו עשרות פסקי דין התומכים או מסייגים אותו. המגמה העיקרית מאז בפסיקה האמריקאית היא לצמצם את הלכת מירנדה ולאפשר לחוקרים לבצע יותר ויותר חקירות ללא צורך במתן הזכויות המוזכרות בפסק הדין. עם זאת בשל העובדה שמרבית ההלכות נקבעות על ידי בתי משפט במדינות שונות קשה לדבר על חזית אחידה בדין האמריקאי וקיימות סתירות בין החלטות שונות של הערכאות השיפוטיות השונות¹¹⁰. במסגרת סקירה זו נבחן את ההסדר המשפטי בסוגייה בדין האמריקאי לאחר מירנדה על פי החלוקה למרכיביה העיקריים של הזכות לייצוג משפטי.

¹⁰⁷ שם, עמ' 478 – 479.

¹⁰⁸ אלא אם כן ההפרה נכנסת לגדר החריגים לכלל שנבחן בהמשך הדיון או שמדובר בטעות טכנית בלבד שלא פגעה בזכויותיו של החשוד:
U.S. v. Collins 40 F.3d 95, 99 (5th Cir. 1994)

¹⁰⁹ חשוב לציין כי מטרת הפסילה על פי המשפט האמריקאי היא להרתיע את החוקרים מלפגוע בזכויות החשודים ולחנך את המשטרה להבדיל מהגישה הקנדית אותה בחנו לעיל שהדגש בה הוא להגן על הוגנות החקירה ותדמית המערכת המשפטית ולהבטיח את הזכות למשפט הוגן (הרנון, לעיל הערה 1, עמ' 1006).

¹¹⁰ Y. Kamisar & W.R. LaFave & J.H. Israel **Modern Criminal Procedure** (7ed., West, St. Paul, 1990) pp.543-557

3. החובה ליידיע חשוד בדבר זכותו לייצוג משפטי

(1) הנסיבות בהן חובה ליידיע חשוד בדבר זכותו לייצוג משפטי

פסיקת בית המשפט העליון בעניין מירנדה קבעה כי ראיות שהושגו בחקירה יהיו קבילות אך ורק אם נשמרו זכויותיו של החשוד הנובעות מזכותו שלא להפליל את עצמו. בין הזכויות הללו מצויה החובה ליידיע אותו בדבר זכותו לייצוג משפטי, וכן בדבר זכאותו במקרים מסוימים לשירותי סניגור ציבורי חנם. עם זאת הלכת מירנדה חלה כאמור אך ורק בהתקיימם של שני תנאים מצטברים:

(1) החשוד מצוי בהחזקת המשטרה (Custody), או נשללת ממנו הזכות

לחירות באופן ממשי על ידי הרשויות.

(2) אותו חשוד נמצא בהליכי חקירה על ידי רשויות החקירה.

הפסיקה האמריקאית בדומה לפסיקה הקנדית, דנה במספר רב של פסקי דין מה משמעות המונח "בהחזקת המשטרה" לעניין חובת היידוע. המבחן שנקבע בפסיקה האמריקאית הוא מבחן אובייקטיבי- האם החשוד הסביר בנסיבות המקרה היה בהחזקת המשטרה ולא על תחושתו הסובייקטיבית של החשוד¹¹¹. הלכה למעשה בתי המשפט בארה"ב נקטו גישה פורמליסטית למדי ובדקו האם החשוד היה באופן פורמלי במעצר. יש לציין כי גישה זו שונה מאוד מהגישה בפסיקה הקנדית שם באמצעות פרשנות תכליתית הורחבה ההגדרה "בהחזקת המשטרה" גם למקרים בהם לא היה למעשה עיכוב או מעצר פורמלי¹¹².

כפי שראינו בסקירת המשפט הקנדי המבחן האובייקטיבי יוצר מספר רב של מקרי ביניים בהם קשה להכריע האם אותו אדם מצוי ב"החזקת המשטרה" או לא. בשנים האחרונות בתי המשפט השונים בארה"ב נקטו כאמור בפרשנות מצמצמת בפירוש המילים "בהחזקת המשטרה" במסגרת מגמת הכירסום בהלכת מירנדה¹¹³. בהתאם לגישה זו קבעה הפסיקה האמריקאית מספר מבחני עזר לבחינה האם החשוד מצוי ב"החזקת המשטרה". כך למשל, בשורה של פסקי דין נקבע שכאשר החקירה מתקיימת בתחנת משטרה, בתוך מכונית משטרה, או בבית כלא ההנחה הבסיסית תהיה בדרך כלל כי אותו אדם נמצא בהחזקת המשטרה. לעומת זאת, כאשר החקירה מתקיימת בביתו של החשוד, בזירת פשע כאשר שוטר מגיע למקום ושואל מיידית שאלות את הנוכחים במקום, או במהלך חיפוש,

¹¹¹ נציין כי התחושות הסובייקטיביות של השוטרים יכולות להעיד על כנות גירסתם ויש להם רלוונטיות במידה ונאמרו לחשוד בשעת המעצר:

Berkemer v. Macarty 468 U.S. 420, 442 (1984).

¹¹² **Georgetown L. J.** 717, 854 - 857 [1996] "Criminal Procedure Project" וכן

Quigley, לעיל הערה 76, עמ' 93 - 94.

¹¹³ **Hickey**, לעיל הערה 97, עמ' 270 - 274.

או ביקורת שגרתית בכבישים כולל בדיקות אלכוהול, ההנחה היא כי החשוד אינו בהחזקת המשטרה.

התנאי השני לצורך החלת מבחן היידוע היא כאמור השאלה האם מתקיימת חקירה של החשוד. בפסק הדין בעניין Rhode Island V. Innis¹¹⁴ נפסק כי אין הכוונה אך ורק לחקירה פורמלית אלא הכוונה למעשים או למילים של המשטרה שבאופן סביר עשויים לגרום תגובה מפלילה של חשוד. הגדרה מרחיבה זו צומצמה במספר פסקי דין לאחר פסק דין Rhode Island V. Innis. כך למשל, הוגדרו בפסיקה¹¹⁵ מספר שלבים בחקירה שאינם נחשבים כ"חקירה" לצורך הפעלת חובת היידוע. מספר דוגמאות לשלבים אלה הם: הליכי חיפוש רגילים בעת מעצר (לקיחת טביעות אצבע וכו'), שאילת שאלות ביציאה ומכניסה מארצות הברית, שאילת שאלות בזירת האירוע, פגישה בין הרשויות לאזרח ביוזמת האזרח.

(2) החריגים להלכת מירנדה

במסגרת צמצום הלכת מירנדה קבעה הפסיקה בארה"ב מספר חריגים שבהם לא חלה ההלכה. חריגים אלה קובעים כי גם אם לא מולאו הדרישות בהלכת מירנדה הראייה שהושגה תהיה קבילה וניתן יהיה להגישה לבית המשפט¹¹⁶. בחלק זה של סקירתנו נבחן ארבעה חריגים עיקריים להלכת מירנדה הרלוונטיים בעיקר למקרים בהם ראייה הושגה ללא מתן הודעה לחשוד על זכותו לייצוג משפטי. החריג הראשון הוא במקרה ששלום הציבור מחייב חקירה מיידית ללא אפשרות ליידע את החשוד בדבר זכויותיו. דוגמא לנסיבות אלה מצויה בפסק הדין New York V. Quarles¹¹⁷. באותו מקרה אישה התלוננה בפני שני שוטרים שנאנסה זמן קצר לפני כן והאנס לאחר שאנס אותה נכנס לסופרמרקט סמוך כשהוא חמוש ברובה. השוטרים עצרו את החשוד, ערכו עליו חיפוש ומצאו שהוא לובש נרתיק לנשק. אחד השוטרים שאל את החשוד היכן הרובה והחשוד הצביע על מקומו. לאחר שנמצא הנשק, נעצר החשוד והוסברו לו זכויותיו. בית המשפט העליון קבע שלמרות שהתקיימו התנאים שנקבעו במירנדה, אין לפסול את הראיות שהושגו. שכן הצורך המיידית להבטיח את שלום הציבור ולהרחיק את הנשק מרשות הרבים גובר בנסיבות המקרה על זכויות החשוד שלא להפליל את עצמו.

החריג השני לכלל הוא מצומצם יחסית ומתקיים כאשר יש צורך להשתמש בראייה שהושגה כדי להוכיח אך ורק אמינות גירסתו של עד או של הנאשם. יש לציין כי חריג זה

¹¹⁴ Rhode Island v. Innis 446 U.S. 291 (1980)

¹¹⁵ Hickey, לעיל הערה 97, עמ' 274 – 277.

¹¹⁶ שם, עמ' 280 – 286 וכן Criminal Procedure Project, לעיל הערה 112, עמ' 860 – 861.

¹¹⁷ New York v. Quarles 467 U.S. 649, 655 – 656 (1984)

מאפשר שימוש בראייה אך ורק למטרה זו אף אם היה יכולה להוכיח עובדות נוספות הנתונות במחלוקת בין הצדדים למשפט¹¹⁸.

חריג שלישי להלכת מירנדה עוסק בשורה של מקרים בהם ההפרה של הלכת מירנדה היא זניחה וניתנת לריפוי על פי הפסיקה האמריקאית. הקריטריונים המאפשרים ריפוי הפגם הם: זמן רב שעבר בין הפגם לבין הראייה שהושגה, היעדר קשר ישיר בין הפגם להשגת הראייה והעובדה שהפגם היה קטן מלכתחילה. דוגמא לשימוש בחריג זה ניתנת על ידי המלומד פרופסור טום הייקי בספרו¹¹⁹: אדם נעצר ונחקר בחשד לביצוע עבירה וזאת מבלי שהתקיימה חובת הידוע כנדרש בחוק. לאחר החקירה הוא משוחרר לביתו ושבויעים לאחר מכן מתייצב מרצונו בתחנת המשטרה לענות על שאלות בנוגע לאותו אירוע. בתחילת החקירה מיידעים אותו על זכותו לייצוג משפטי וזכויותיו האחרות והוא מוסר אמרה המפלילה אותו בביצוע העבירות המיוחסות לו.

החריג הרביעי הוא כאשר הראייה שמבקשים להסתמך עליה לא נבעה באופן ישיר מהפרת הלכת מירנדה. הפסיקה האמריקאית הכירה בחריג זה לראשונה בפרשת Michigan V. Tucker¹²⁰. באותו מקרה לא יידעו חוקרי המשטרה חשוד לפני חקירתו בדבר זכותו לייצוג משפטי. במהלך חקירתו מסר להם החשוד שם של עד אשר לטענתו יעיד כי בשעת האירוע היה במקום אחר (עד אליבי). העד שנחקר על ידי המשטרה, בעקבות דברי החשוד, מסר במהלך חקירתו אמרה הקושרת את החשוד לביצוע העבירה. בית המשפט העליון קבע שהראייה קבילה, למרות הפרתה של הלכת מירנדה, בהיעדר קשר ישיר בין ההפרה לבין הראייה שהושגה.

4. זכותו של החשוד להיוועץ ביחידות בעורך דין

כאמור העקרון שנקבע בהלכת מירנדה הוא כי במקרה שחשוד מודיע כי הוא מעוניין בייצוג משפטי אין להמשיך בחקירה עד למתן ייצוג משפטי לחשוד¹²¹. בפרשת Edwards¹²² נדון באופן ספציפי נושא הפרת זכותו של החשוד להיוועץ בעורך דין ונקבעה ההלכה המנחה בסוגיה ספציפית זו של זכותו של החשוד שלא להחקר בטרם הוא נועץ בעורך דין. הלכה זו קובעת כי אין לחקור חשוד המביע באופן ברור את רצונו שלא להחקר עד לפגישתו עם עורך דין אלא אם הוא עצמו יוזם את המשך החקירה. כלל זה

¹¹⁸ Hickey, לעיל הערה 97, עמ' 282 – 283.

¹¹⁹ שם, עמ' 283 – 284.

¹²⁰ Michigan v. Tucker 417 U.S. 433, 444 - 446 (1984)

¹²¹ R.S. Frase " Fair Trial Standards in the Unites States of America" **The Right To a Fair Trial** (Editors D. Wiessbrodt, R. Wolfrum, Springer, Berlin, 1997) 31 p. 36.

¹²² Edwards v. Arizona 451 U.S. 477 (1981)

מבטיח במידה רבה את זכויות הנחקר ומונע, למעשה, מרשויות החקירה להמשיך את החקירה עד שהחשוד יוכל לממש את זכותו להיוועץ בעורך דין. יש לציין כי כלל זה המרחיב במידה רבה את ההגנה על זכויות החשוד צומצם במידה ניכרת על ידי הפסיקה.

כך למשל בפסק הדין בעניין Mosley¹²³ הנאשם הואשם בשוד, נעצר, ולאחר שהודיעו לו על זכויותיו ביקש לשמור על זכות השתיקה. חוקרי המשטרה כיבדו את בקשתו והפסיקו את החקירה. מספר שעות לאחר מכן חוקר אחר הזהיר אותו בשנית, יידע אותו על זכותו לייצוג משפטי וחקר אותו ביחס לרצח שהתרחש במהלך שוד אחר. בחקירה זו הודה החשוד בביצוע הרצח וכן בביצוע השוד עליו נחקר קודם לכן. בית המשפט העליון קבע שבמקרה זה לא הופרה זכותו של החשוד לסניגור שכן החוקר המתין זמן משמעותי מסירובו של החשוד להחקר והעמיד אותו שוב על זכותו. יש לציין כי כל החריגים שציינו לעיל להלכת מירנדה חלים בשינויים המחוייבים גם על זכותו של החשוד להפגש עם סניגורו במהלך החקירה.

זכותו של החשוד לייצוג משפטי ניתנת לויתור על ידי החשוד, כאשר הנטל הוא על התביעה להוכיח כי החשוד הספציפי ויתר באופן מודע על זכותו. על אף העובדה שויתור מפורש אינו הכרחי, ההלכה הפסוקה היא כי בתי המשפט לא יסיקו על ויתור משתיקתו של החשוד בלבד. השיקולים אותם שוקלים בתי המשפט בבחינה האם הויתור היה מודע כוללים בחינה של מכלול הנסיבות במקרה וביניהן: השכלתו של החשוד, גילו, היכרותו עם מערכת המשפט, מצבו הפיזי והנפשי, האם הוסברה לו הזכות, מידת ההבנה שלו את ההסבר, הזמן העובר ממתן חובת היידוע ועד לתחילת החקירה¹²⁴. יש לציין כי הזכות לייצוג היא זכות מתמשכת ואף לאחר הויתור על הזכות יכול החשוד במהלך החקירה המשטרתית לבקש להפסיק את החקירה עד שיוכל לממש את זכותו להיוועץ בעורך דין¹²⁵.

5. זכותו של החשוד לנוכחות סניגור במהלך הליכי החקירה

הלכת מירנדה הורחבה על ידי הפסיקה האמריקאית בפסק הדין בעניין Minnick בו נקבע שבמידה שחשוד מיוצג על ידי סניגור אין לחקור אותו שלא בנוכחותו של הסניגור, אלא אם כן החשוד ויתר באופן מודע על זכות זה¹²⁶. החובה לאפשר נוכחות סניגור במהלך החקירה מתקיימת בכל מקרה שרשויות החקירה מעוניינות לחקור חשוד שביקש לממש את זכותו לייצוג משפטי, למעט מקרים בהם מתקיים אחד מהחריגים להלכת מירנדה כפי שפורטו בהרחבה לעיל.

¹²³ Michigan v. Mosley 423 U.S. 96 (1975)

¹²⁴ Criminal Procedure Project, לעיל הערה 112, עמ' 861 - 863.

¹²⁵ שם, עמ' 863 - 865.

¹²⁶ Minnick v. Mississippi 498 U.S. 146 (1990)

החובה להימנע מלחקור חשוד המבקש לשמור על זכותו להיוועץ בעורך דין הורחבה על ידי הפסיקה האמריקאית במספר פסקי דין בהקשר של שימוש בסוכן סמוי או במדובר על ידי רשויות החקירה¹²⁷. בית המשפט העליון קבע כי שימוש במדובר כמי ששואל את החשוד שאלות בבית המעצר או מחוצה לו לאחר שהחשוד ביקש שלא להחקר אלא בנוכחות סניגור מהווה הפרה של הלכת מירנדה במידה שהנחקר טרם הואשם באופן רשמי בביצוע עבירה, או של התיקון השישי לאחר הליך האישום. עם זאת, נפסק כי שימוש במדובר מותר אך ורק כאשר המדובר שומע את דברי החשוד בלבד ואינו שואל את החשוד שאלות שעשויות לפגוע בחיסיון שלו בפני הפללה עצמית.

בית המשפט העליון האמריקאי נקט גישה דומה של הגנה על זכויות חשודים גם בהליכי חקירה אחרים השונים מגביית אמרתו של החשוד. אחת הדוגמאות הבולטות לכך היא ההלכה הפסוקה של בית המשפט העליון בנושא נוכחותו של סניגור במסדרי הזיהוי. פסק הדין בעניין Wade¹²⁸ קבע כי לחשוד קיימת זכות לנוכחות עורך דין במסדר זיהוי על פי התיקון השישי לחוקה מכיוון שמדובר בשלב קריטי בחקירה. פסק הדין קובע כי נוכחות של עורך דין עשויה למנוע פגמים אפשריים בהליכי ביצועו של מסדר הזיהוי וזיהוי לא מדויק של חשוד שעלול להוביל להרשעת חפים מפשע.

עם זאת למרות רציונל זה מבחינה הפסיקה בין שני מקרים: הראשון, כאשר החשוד הואשם באופן רשמי בביצוע עבירה, והשני במקרה שהחשוד טרם הואשם בביצוע העבירה. ביחס למקרה הראשון בו הואשם החשוד בביצוע העבירה נפסק כי התיקון השישי לחוקה מעניק לחשוד במקרה זה זכות לנוכחות סניגורו במסדר הזיהוי. במידה שמתקיים מסדר בשלב זה ללא נוכחות עורך דין חובה על התביעה להראות כי היה ויתור מודע של החשוד על זכותו. הפרת זכות זו מהווה פגם שאינו ניתן לריפוי, כך שמסדר זיהוי כמו גם כל זיהוי עתידי לאחר אותו אירוע אינו קביל אלא במקרים חריגים בהם ניתן להוכיח כי הזיהוי החדש לא הושפע בכל דרך שהיא מהזיהוי הראשוני במסדר הזיהוי הפגום.

במקרה השני המתקיים בהליכים שקודמים להאשמתו הרשמית של החשוד בביצוע עבירה אין לרשויות החקירה חובה כי עורך דינו של החשוד יהיה נוכח במהלך מסדר הזיהוי. הנימוק הפורמלי לפסיקה זו היא שההגנה של התיקון החמישי לחוקה (החיסיון מפני הפללה עצמית) אינה מחייבת נוכחות עורך דין ואין מתקיימים התנאים המנויים

¹²⁷ Hickey, לעיל הערה 97, עמ' 279.

¹²⁸ U.S. v. Wade 388 U.S. 218 (1967) וכן Criminal Procedure Project, לעיל הערה 112, עמ' 843-846.

בהלכת מירנדה. יש לציין כי בפסיקה האמריקאית הובעה ביקורת רבה על הבחנה זו וצמצומה של הלכת מירנדה בהקשר זה¹²⁹.

עם זאת הפסיקה האמריקאית¹³⁰ אינה מתירה לחשוד זכות לנוכחותו או לנוכחות עורך דינו במרבית הליכי החקירה האחרים. כך למשל אין לחשוד זכות להיות נוכח בעת זיהוי חשוד מתמונות המשטרה (אלבום עבריינים), לקיחת דגימות כתב של החשוד, בחינה של שיניו, צילומו בעת מעצרו, זיהוי קולו של החשוד, בדיקות מדעיות של התאמת טביעות האצבעות, דגימות דם, או בדיקות מדעיות נוספות כגון בחינת התאמת שיער וסיבי בגדים. פסיקת בית המשפט העליון בנקודה זו נשענת על ההנחה כי הידע המדעי והטכנולוגי בבדיקות אלה מוכר וידוע. כך שבמידה וההליך בוצע באופן שעלול להביא לתוצאות מטעות יוכל החשוד להוכיח זאת במשפטו על ידי חקירה נגדית של עורכי הדין והעדתם של עדים מומחים מטעמו. זאת להבדיל מהליך של מסדר זיהוי או מהליך החקירה שאינם בדיקות בעלות אופי מדעי וספק רב אם ניתן להפריך את ממצאיהן באמצעות עדים מומחים.

6. סיכום ומגמות עתידיות בדין האמריקאי

כפי שראינו, הדין בסוגיית הזכות לייצוג משפטי בהליכים פלילים בארצות הברית עבר מספר שינויים משמעותיים בשבעים השנים האחרונות. למעשה ניתן להשוות את המצב המשפטי בסוגיה לתנועת מטוטלת: בתחילת המאה כמעט ולא היו הגנות לחשוד, בשנות השלושים הורחבה ההגנה עד שהגיעה לשיאה בפסק הדין בעניין מירנדה ומאז המטוטלת נעה חזרה לכיוון צמצום זכויות הנאשם וכרסום הלכת מירנדה.

עם זאת, למרות הכרסום בהלכת מירנדה ניתן לומר כי הסדר הסוגיה במשפט האמריקאי נוטה במידה רבה לטובת זכויות הנאשם. מאז פסיקת פסק הדין בעניין מירנדה נערכו בארצות הברית מחקרים רבים¹³¹ לבדוק את השפעות הלכת מירנדה על נתוני הפשע וזכויות החשודים. תוצאותיהם של מחקרים אלה אינן חד משמעיות: מחד, מסקנותיהם של מחקרים רבים הן כי מירנדה כובלת באזיקים את ידי השוטרים ואינה מאפשרת להם להילחם בפשע באופן אפקטיבי, מנגד, מחקרים אחרים מצביעים על השפעה שולית של

¹²⁹ Kirby v. Illinois 406 U.S. 682 (1972) (ראה דעת הרוב לעומת דעת המיעוט).

¹³⁰ Criminal Procedure Project, לעיל הערה 112, עמ' 845.

¹³¹ Hickey, לעיל הערה 97, עמ' 286-288 וכן:

P.G. Cassel & B.S. Hayman "Police Interrogation in the 1990s: An Empirical Study of the Effects of Miranda" 43 U.C.L.A. Law Review p. 909 (1996)

G.C. Thomas "Is Miranda a Real World Failure? A Plea for More & Better Empirical Evidence" 43 U.C.L.A. Law Review p. 821 (1996)

הלכת מירנדה על אחוז החקירות שאינן מסתיימות בהצלחה וכן על השפעה חיובית ביותר בפעילות השוטרים ובשמירה על זכויות חשודים בעת מעצרם. נראה שאין ולא תהיה תשובה ברורה לזיכוח מהן השפעות הלכת מירנדה על הסדר הציבורי וזכויות החשוד. עם זאת אין ספק שפסק הדין בעניין מירנדה הפך לאחד מפסקי הדין המשפיעים ביותר על ההסדר המשפטי בסוגיה במשפט האמריקאי ובשיטות משפט אחרות וביניהם שיטת המשפט הישראלית.

4. בחינה ביקורתית של הסדר הסוגיה במשפט הישראלי

א. רקע - ההכרה בזכות לייצוג משפטי בחקירה בחקיקה שיפוטית

הסדר הסוגיה בחוק הישראלי היה מבוסס במשך שנים ארוכות על עקרונות שנקבעו על ידי המשפט האנגלי¹³². כפי שראינו לעיל ההסדר במשפט האנגלי הכיר בעיקר בזכות לייצוג משפטי במהלך המשפט. עם זאת, במשפט האנגלי זכותו של החשוד להפגש עם עורך דין במהלך החקירה הייתה מוגבלת למדי וגובשה במסגרת הפסיקה ומאוחר יותר במסגרת "תקנות השופטים". כך גם במשפט הישראלי הזכות לייצוג משפטי על ידי סניגור בהליכי החקירה נקבעה ראשית בפסיקת בית המשפט העליון ואספקטים מסויימים שלה הוכרו מאוחר יותר בחקיקה.

שני פסקי הדין המנחים שביססו את הזכות לייצוג משפטי במשפט הישראלי ניתנו על ידי בית המשפט העליון במהלך שנות ה-60. בפסק הדין בעניין חסין יאסין ביסס בית המשפט העליון את מעמדה של זכות ההיוועצות כזכות יסוד¹³³:

"משנתבקש עורך דין על ידי נאשם - עציר (או קרוביו) להושיט לו עזרה משפטית, מחובת המשטרה לאפשר לעורך הדין, אם יבקש רשות, להתראות עם העציר בהקדם האפשרי, כדי שיוכל לייעץ לו בדבר זכויותיו ולעזור לו לערוך את הגנתו. המשטרה רשאית שלא לנהוג בדרך זו רק במקרה יוצא מן הכלל ורק כאשר יש בידה סיבה מוצדקת. יודגש כי החשש, פן עשוי עורך הדין להשפיע על העציר לבל ימסור הודעה למשטרה אינו מהווה סיבה שכזאת".

פסק הדין המרכזי השני שביסס הלכה זו ניתן בפרשת טאו¹³⁴. באותו מקרה נקבע כי הזכות להיוועץ בעורך דין אינה אלא אספקט אחר של זכות השתיקה. כן נפסק כי שלילת

¹³² ליבאי, לעיל הערה 10, שם.

¹³³ ע"פ 307/60 יאסין ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יז 1541, עמ' 1570.

זכותו של חשוד לייצוג משפטי בעת חקירתו ולפני גביית עדותו עשויה לגרור את המסקנה כי האמרה נגבתה שלא מרצונו הטוב והחופשי של החשוד וכך להפוך את הודאתו לבלתי קבילה.

בתי המשפט השונים בישראל חזרו והסתמכו על ההלכה המנחה של שני פסקי הדין הללו בשורה ארוכה של פסקי דין¹³⁵. למעשה מהווים פסקי דין אלה עד היום את הבסיס המשפטי לאפשרות לפסול ראיות שהושגו תוך הפרת זכותו של חשוד לייצוג משפטי¹³⁶. מכוח העקרון שהודאתו של החשוד חייבת להיות מרצונו הטוב והחופשי ולאחר שויתר באופן מודע ותוך הפעלת שיקול דעת על זכות השתיקה¹³⁷.

ב. הסדר הסוגיה בחוק והשפעות המהפכה החוקתית

בתחילת שנות ה-80 נקבעה לראשונה בחקיקה הישראלית זכותו של החשוד להיות מיוצג בהליכי חקירה פלילית¹³⁸. עם שינוי זה הצטרפה ישראל לרשימת המדינות המתוקנות בהן קיימת הוראה דקלרטיבית הקובעת את זכותו של החשוד להיות מיוצג על ידי עורך דין, או כדברי הנשיא שמגר¹³⁹:

”זכותו של עציר להפגש עם עורך דין לצורך התייעצות מוכרת זה מכבר כאחת מזכויות היסוד של האזרח וחוק סדר הדין הפלילי תיקון מס' 15 עיגן זכות זו בחוק והגדיר אותה בבירור.”

עם זאת, תיקון זה הסדיר באופן חלקי בלבד את הסוגיה והתעלם ממספר שאלות יסודיות בדבר תפקידו של עורך הדין בחקירה. כך למשל, אין בתיקון התייחסות לשאלה האם הסניגור יכול להיות נוכח בהליכי חקירה כגון גביית עדות מהחשוד ומסדר זיהוי ואם כן מהי מידת המעורבות המותרת. היעדר התייחסות לשאלות אלה בולט במיוחד לאור סעיף 22 לחוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א-1961 הקובע את זכותו של כל אדם להיות מיוצג על

¹³⁴ עניין טאו, לעיל הערה 10, עמ' 547. יש לציין כי זכות זו התבססה בפסיקה גם על הוראת סעיף 22 לחוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א 1961 וכן על כללי הצדק הטבעי.

¹³⁵ ע"פ 127/76 ברנס נ' מדינת ישראל, פ"ד ל (3) 516, עניין מועדי, לעיל, הערה 11, שם, ע"פ 533/82 זכאי נ' מדינת ישראל, פ"ד לח (3) 57, 65, ע"פ 747/86 אייזמן ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד מב (3) 454, ע"פ 344/75 נחום נ' מדינת ישראל, פ"ד ל(1) 659.

¹³⁶ קדמי על הראיות (מהדורה משולבת ומעודכנת, תשנ"ט-1999) עמ' 25 – 28.

¹³⁷ זאת כמובן על פי סעיף 12 לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א 1971.

¹³⁸ תיקון מספר 15 לחוק סדר הדין הפלילי, תשכ"ה 1965, תשמ"א-1981. ראה גם את הצעת החוק, ה"ח 1508 התשמ"א-1981, עמ' 171 בה נקבע כי: "זכותו של החשוד להיפגש עם עורך דין לצורך התייעצות אינה כתובה מפורשות בספר החוקים, אך היא מוכרת כאחת מזכויות היסוד... הסעיף המוצע בא לעגן באופן מפורש בחוק את עקרון היסוד..."

¹³⁹ עניין זכאי, לעיל הערה 135, עמ' 65.

ידי עורך דין בפני כל רשויות המדינה. חלק משאלות אלה, כפי שנראה להלן, נותר ללא תשובה ברורה.

ב- 20 השנים שחלפו מאז נקבע התיקון לחוק עברו הסעיפים המסדירים את נושא המעצר וסדרי הדין הפלילי מספר תיקונים ורפורמות. ההשפעה הגדולה של חוקי היסוד והמהפכה החוקתית לא דילגה על הדין הפרוצדורלי הפלילי ובאה לידי ביטוי בשינויים נרחבים בחקיקה¹⁴⁰ ובפסיקתו של בית המשפט העליון¹⁴¹. השינוי הגדול בחוק המתייחס לנושא זכות הייצוג על ידי סניגור בחקירה בוצע בשנת 1996 במסגרת קביעת הנוסח החדש של חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה- מעצרים), תשנ"ו- 1996 (להלן: החוק). תיקון זה התבסס על המלצותיה של ועדה ציבורית בראשותו של השופט דב לוי ונוסח הצעת חוק שהכין השופט דן ביי. במסגרת התיקון עברו דיני המעצרים שינויים רבים בהשפעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובין היתר קוצרו אורכי תקופת המעצר, נקבע מוסד העיכוב והעקרון שאין לעצור אדם אם ניתן לעכבו, כן נקבעו זכויות מינימליות בבתי הכליאה להן זכאי כל עציר ועוד¹⁴². שינוי נוסף היה בחקיקת חוק הסניגוריה הציבורית בשנת 1995 שהרחיב במידה רבה את זכות הייצוג על ידי סניגור ציבורי לנאשמים חסרי אמצעים.

עם זאת, ביחס לשינויים הגדולים הללו היו שינויים מינוריים ומעטים יחסית בדין הנוגע לזכות החשוד לייצוג על ידי סניגור במהלך החקירה. למעשה לא היו כמעט שינויים בחוק או בפסקי דין מנחים של בית המשפט העליון בנושא זה משנת 1992 והדין מתבסס על הוראות חוק ופסיקה שעיקריה נקבעו בשנות ה-70 וה-80 לפני המהפכה החוקתית. פסקי דין עקרוניים של בית המשפט העליון, אשר דנו בסוגיה בשנים האחרונות, הכירו בזכות הייצוג על ידי סניגור בשלב החקירה כזכות חוקתית הנובעת מזכותו של האדם לכבוד ומזכותו לחירות¹⁴³. כפי שנראה בהמשך הסקירה, מצב זה בו קיימת הכרה בזכות כזכות חוקתית והאקלים המשפטי מסביבה משתנה, אך היקף ההגנה על הזכות אינו משתנה, יוצר סתירות פנימיות רבות ואי אחידות בגישת הדין.

¹⁴⁰ כך נחקקו מספר חוקים חדשים בהתאם לעקרונות הקבועים בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו. נזכיר את: חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה- חיפוש בגוף החשוד) תשנ"ו-1996, חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה- מעצרים) וכן את חוק הסניגוריה הציבורית, תשנ"ו-1996.

¹⁴¹ למשל בג"צ 5100/94 הוועד הציבורי נ' עינויים בישראל ואח' נ' ממשלת ישראל ואח' (טרם פורסם), דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מ"י, פ"ד מט (4) 589.

¹⁴² להרחבה ראה: י. אלבשן "סדר דין פלילי: חוק המעצרים החדש" עיוני משפט כב (פברואר 1999) 87.

¹⁴³ א' ברק פרשנות במשפט כרך שלישי "פרשנות חוקתית" (תשנ"ד- 1994) 422, בג"צ 6302/92 רומחיה נ' משטרת ישראל, פ"ד מ"ז(1) 209 וכן עניין סופיאן ומגן, לעיל הערה 9, שם. כמו כן ראה בש"פ 5136/98 מנבר נ. מ"י (לא פורסם).

ג. חובת רשויות החקירה ליידע חשוד בדבר זכותו להיוועץ בעורך דין

1. תוכן ההודעה על הזכות להיוועץ בעורך דין

סעיפים 25, 27 ו-28 לחוק קובעים כי לאחר שהובא עצור לתחנת המשטרה יש להביא אותו בפני קצין ממונה שיחליט בדבר המשך מעצרו. במידה והוא מחליט לעצרו חייב הקצין על פי סעיף 32 (1) לחוק להסביר לעצור כי זכותו להודיע על מעצרו לאדם קרוב ולעורך דינו וכן כי זכותו להפגש עם עורך דין. כן עליו ליידעו כי במידה והוא עונה על הקריטריונים בחוק הסנגוריה הציבורית הוא זכאי לסניגור ציבורי חינם. חובת היידוע של החשוד בדבר זכותו לסניגור הינה חובה קוגנטית שרשויות החקירה חייבות לבצעה עם מעצרו. יש לציין שעוד לפני חקיקת החוק קבעה פסיקת בית המשפט העליון מספר כללים בהקשר של חובת היידוע¹⁴⁴:

- (1) יש להודיע לעצור על זכותו להיפגש עם עורך דין באופן פוזיטיבי ולא להמתין עד שידרוש מפגש כזה.
- (2) אין צורך לחזור ולהזכיר לו על זכות זו זמן קצר לאחר ההודעה, אולם אם בתחילה סירב ואחר כך ביקש להפגש עם עורך דין יש לאפשר את המפגש ללא דיחוי.
- (3) עם הימשכות החקירה יש לחזור ולהזכיר לעצור כי עומדת לו הזכות להיפגש עם עורך דין, אם כי אין צורך להודיע לו על זכותו בשלבים קריטיים בחקירה כגון גביית הודאתו.
- (4) על פי סעיף 33(ג) לחוק חובה למסור לחשוד בעת ההודעה על הזכות רשימה של עורכי דין, המוכנים לשמש סניגורים לעצירים מטעם לשכת עורכי הדין. כדי לוודא קבלת ההודעה העצור יאשר בחתימת ידו קבלת ההודעה.

פסק דין זה הינו חריג ולמעשה לא נקבעו בחוק ובפסיקה כללים ברורים להסדרת תוכנה של חובת היידוע. כך למשל לא ברור האם המבחן לחובת היידוע הוא מבחן אובייקטיבי או סובייקטיבי, כלומר האם נדרש שרשויות החקירה יודעו כי החשוד הספציפי יבין את זכותו לייצוג משפטי או די בכך שרשויות החקירה יידעו אותו בדבר זכותו כפי שהיו נוהגים במקרה של חשוד סביר. כן לא נקבעו הוראות ספציפיות ביחס לאנשים בעלי מגבלות שעשויות להקשות עליהם להבין את תוכנה ומשמעותה של ההודעה בדבר זכותם לעורך דין. יש לציין כי מצב בו חובה זו ואופן ביצועה אינה מוסדר בחוק מותר פתח רחב לחוקרי המשטרה להשפיע על החשוד שלא כדאי לא לעשות שימוש בזכותו להיפגש עם סניגור¹⁴⁵.

¹⁴⁴ ע"פ 334/86 סבאח נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(3) 857, 866 וכן מ' סגי זקס חירות ממעצר (1998) עמ' 107 – 108.

¹⁴⁵ **ביין, לעיל** הערה 12, עמ' 117. במאמרו מציע השופט ביין כדי להתגבר על בעייה זו לקבוע מינוי סניגור ציבורי בתחילת החקירה לחשודים במקרים בהם על פי החוק קיימת

2. משמעות הפרתה של החובה

פסק הדין בעניין סופיאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור חבל עזה¹⁴⁶ הוא אחד מפסקי הדין המרכזיים הדנים במעמדה של חובת היידוע במשפט הישראלי. באותו מקרה מסביר המשנה לנשיא אלון את האינטרסים שעליהם מבוססת חובת היידוע ודן בחשיבותה של הזכות בדין הישראלי:

"... מן הזכות היסודית של העצור להיפגש עם עורך דין נגזרות ומשתמעות הזכות לקבל הודעה על קיומה של זכות זו והחובה המוטלת על הרשויות להודיע על כך לעצור. מי שאינו יודע על קיומה של זכות, לא יוכל לנסות לממש אותה. ובמיוחד כך הוא שמדובר באדם שנעצר, ונפשו טרודה, ועשוי הוא לא לדעת כיצד עליו לנהוג ומה עליו לעשות. אשר על כן זכאי הוא העצור, ומחויבות הן הרשויות, שיודיעו לו על זכותו להיפגש עם עורך דין... כלל גדול הוא בעולמה של היהדות כי 'מי שאינו יודע לשאול את פתח לו (מכילתא בא פרשה י"ח); ירושלמי, פסחים פרק י' הלכה ד). אין זה עיקרון בתחום החינוך והלימוד בלבד, לעניין הלכות שונות, שבהן בעל דין עלול לקפח את זכותו המשפטית מתוך שהוא נמצא במצוקה, אישית או כלכלית, ואינו יודע מה טענה עליו לטעון כדי לבוא על זכותו..."

פסק דין מרכזי נוסף בסוגיה הדין במעמדה של חובת היידוע ובמשמעות הפרתה נדון בשנת 1997 בפני בית הדין הצבאי לערעורים בעניין התצ"ר נ' יששכרוב¹⁴⁷. באותו מקרה טוראי יששכרוב נקלט בשעת לילה מאוחרת בכלא צבאי, במהלך קליטתו התבקש להתפשט, ואז נפל מבגדיו דבר מה, עטוף בנייר שנחשד כסם. תחילה ניסה החשוד להסתיר את החפץ מתחת לרגליו, אך לאחר מכן אמר לשוטרים בכלא: "זה גראס", אני יכול להסביר". למחרת היום הגיע חוקר מצ"ח לכלא כדי לחקור את החשוד. טרם חקירתו קיבל לידי את החפץ שנפל מבגדי הנאשם והתרשם שאכן מדובר בסם מסוכן מסוג "גראס". כן שמע החוקר מפי השוטרים בכלא כי החשוד התוודה בפניהם על שימוש קודם שעשה בסם מסוכן, כאשר לא היה ברור מדברי החשוד אם השימוש נעשה בעת שירותו הצבאי או לפניו. כעשרים דקות לאחר תחילת חקירתו הודה החשוד בשימוש ב"גראס" בעשר הזדמנויות שונות במהלך שירותו הצבאי. לאחר הודאתו של החשוד

חובה למנות סניגור במהלך המשפט. יש לציין כי ממחקרים שנעשו באנגליה עולה כי ב-41% מהמקרים ניסו החוקרים להניא את החשוד מלהיועץ בסניגור במהלך חקירתו. ראה: H. Fenwick "Evading Access To Legal Advice" *The Journal of Criminal Law* vol.59 (1995) 199.

¹⁴⁶ עניין סופיאן, לעיל הערה 9, שם.

¹⁴⁷ ע' 139/97 / התצ"ר נ' יששכרוב, פסקי דין נבחרים של בית הדין הצבאי לערעורים 1998, עמ' 123.

ובטרם הושלמה גביית האמרה, יצא החוקר מחדר החקירות ושוחח בטלפון עם מפקד בסיס מצ"ח. באותה שיחת טלפון הורה לו מפקדו לעצור את החשוד. החוקר, לאחר שסיים את שיחת הטלפון, המשיך בגביית אמרת החשוד והודיע לחשוד על מעצרו ועל זכותו להיוועץ בעורך דין כרבע שעה לאחר סיום גביית האמרה.

יש לציין כי הוראות חוק השיפוט הצבאי, תש"ו-1955 (להלן: החש"צ) בנושא הפנו, באותה עת, להוראות חוק המעצרים עליהן עמדנו לעיל. עם זאת ההוראות הפנימיות של המשטרה הצבאית החוקרת שהתבססו על פסיקת בתי הדין הצבאיים הרחיבו את ההגנה הקבועה בחוק ביחס לחיילים בקובען כי:

"במידה וידוע מראש שחייל עתיד להיעצר, יש להודיע לו מהם החשדות והזכויות טרם חקירתו לרבות זכות היוועצות עם עורך דין".

כך שלמעשה זכותו של מי שנעצר על ידי המשטרה הצבאית להודעה על זכותו לעורך דין הייתה מקיפה יותר מזכותו של מי שנעצר על ידי משטרת ישראל. יש לציין כי תיקון מספר 34 לחש"צ תשנ"ח-1988 שהתקבל לאחר המקרה עיגן הוראה פנימית זו בסעיף 1א227 לחש"צ. בית הדין הצבאי המחוזי קבע כי במעשיו הפר חוקר מצ"ח את הוראות המשטרה הצבאית החוקרת ולא מילא את חובת היידוע. שופטי הרוב בערכאה זו קבעו בהחלטתם כי לנוכח הוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, יש לפסול את ההודאה בגין הפגיעה בזכות ההיוועצות למרות שההודאה ניתנה מרצונו הטוב והחופשי של החשוד. זאת בשל העובדה שחוק היסוד שינה את מאזן הכוחות ויצר כלל פסילה חדש המיועד להגן על פגיעה בזכויות חוקתיות כגון זכות ההיוועצות בעורך דין שמן הראוי להשתמש בו בעובדות המקרה. שופט המיעוט חלק על דעת הרוב בעניין החומרה של פגיעת חוקר מצ"ח בזכויות החשוד. לדעתו האינטרס הציבורי חברתי של מלחמה בעבריינות גובר על פני זכויות החשוד בהיעדר הוראה ברורה המתירה פסילת ראייה במקרים כגון המקרה נשוא הדיון.

בית הדין הצבאי לערעורים הפך את החלטתו של בית הדין בערכאה ראשונה בקבעו כי בנסיבות המקרה אין מקום לפסילת הודאת הנאשם. לדעת השופטים בבית הדין הפרה של זכותו של חשוד לייצוג משפטי אינה פוסלת את קבילות הראייה. לדעת שניים מהשופטים עם חקיקת חוקי היסוד הפכו זכויות היסוד ובכללן זכותו של החשוד להיוועץ בעורך דין לזכויות חוקתיות, ונקודת האיזון בינן לבין שאר הערכים הוסטה לכיוון זכויות אדם. אלא שלמרות שינוי זה אי הודעה למי שעומד להיעצר, ואף למי שנעצר, על זכותו להיוועצות, אף אם היא נעשית שלא בתום לב, אינה כשלעצמה, הפרה קיצונית של זכות בסיסית עד כדי כך, שתביא לפסלות ההודייה שנמסרה מרצון טוב וחופשי. לדעת השופט השלישי השאלה אינה מה מעמדה והיקף תחולתה של זכות ההיוועצות ומה הם האמצעים

הראויים להבטחת יישומה אלא אם ההודייה היא "חופשית ומרצון" כאמור בסעיף 12 לפקודת הראיות. לדעתו בנסיבות המקרה הפגיעה בזכות ההיוועצות אינה שוללת את רצונו החופשי של החשוד.

יש לציין כי פסק הדין של בית הדין הצבאי המחוזי מהווה אחד מפסקי הדין הראשוניים¹⁴⁸ לאחר המהפכה החוקתית בו פסל בית המשפט ראייה תוך שימוש בדוקטרינה של "פירות העץ המורעל" שמקורה כפי שראינו לעיל במשפט האמריקאי. פסק הדין נדון כיום בערעור בפני בית המשפט העליון.

נציין כי השאלה האם ראוי להחיל בישראל כלל פסילה חוקתית במקרה של הפרת זכויות חוקתית כגון הזכות להיוועץ בעורך דין ובאילו נסיבות יש להפעיל כלל זה היא שאלה שקצרה היריעה מלהשיב עליה בהרחבה במסגרת מאמר זה. נושא זה נדון בהרחבה במשפט האמריקאי ובמשפט הישראלי ומחכה כיום להכרעתו של בית המשפט העליון¹⁴⁹. עם זאת נציין כי לדעתנו מכיוון שמדובר בסוגיה עקרונית בעלת השלכות רחבות על מערכת המשפט הפלילית מן הראוי שהחלטה בסוגיה זו תתקבל בהליך חקיקה מסודר. על הליך זה להסתמך על תשתית עובדתית מתאימה הכוללת מחקרים רחבי היקף בנושא וכן דיון ציבורי נרחב שיכלול שקילת וביקת השלכותיה של החלטה מסוג זה על מערכת המשפט הישראלית. נציין כי ספק אם קיימים כיום נתונים מספיקים ביחס למצב הקיים בישראל¹⁵⁰ והשלכות קבלת הכלל בדבר פירות העץ המורעל על מערכת אכיפת החוק.

¹⁴⁸ בת"פ (נצ'י) 511/97 מדינת ישראל נ' עודה (לא פורסם) פסל בית המשפט המחוזי בנצרת רישום של שיחה שערך חוקר עם עצור בתחנת משטרה מבלי שהזהירו לפני קיום השיחה שזכותו לא לומר דבר. בית המשפט הסתמך על הטענה כי עם חקיקתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירות קיימת הצדקה לפסילת ראיות שהושגו תוך הפרה של זכות יסוד חוקתיות המוגנות בחוק.

¹⁴⁹ ראה בין היתר: הרנון, לעיל הערה 1, שם; גרוס, לעיל הערה 31, שם; עניין ועקנין, לעיל הערה 3, שם.

A.J. Ashworth "Excluding Evidence As Protecting Rights" (1977) *Crim.L.R.* 723, *Grano*, לעיל הערה 2, שם. P.G. Cassel & B.S. Hayman ו-G.C. Thomas, לעיל הערה 131, שם. וכן:

S. J. Schulhofer "Miranda's Practical Effect" *Nw. U. L. R.* vol. 90, 500 (1996)
P.G. Cassel "Miranda's Social costs: An Empirical Reassessment" *Nw U.L.R.* vol. 90, p. 387 (1996).

¹⁵⁰ נציין כי על פי מחקר שנערך על ידי הסנגוריה הציבורית מתברר כי 47% מהעצורים במחוז תל אביב טענו כי כלל לא נאמר להם על זכותם להיוועץ בעורך דין (נייר עמדה של הסניגוריה הציבורית בשאלת קבילותה של הודאת חשוד שלא נמסרה לו הודעה על זכותו להיוועץ בעורך דין, פברואר 2000, הוגש לבית המשפט העליון במסגרת הדיון בפרשת יששכרוב). מעניין להשוות מחקר זה למחקר מקביל שנערך באנגליה וממנו עולה כי רק ב-2.6% מהמקרים לא הודיעו רשויות החקירה לחשודים על זכותם לייצוג משפטי. לדיון בתוצאות מחקר זה ראה בין היתר:

H. Fenwick, "Evading Access To Legal Advice" *The Journal of Criminal Law* vol.59 (1995) 199.

3. מתי קמה חובה ליידע חשוד בדבר זכותו לייצוג משפטי

כפי שראינו לעיל קיימת תשובה שונה לשאלה מתי קמה החובה ליידע חשוד בדבר זכותו לייצוג משפטי במערכת האזרחית והצבאית. במערכת האזרחית על פי הוראת סעיף 32 לחוק המעצרים החובה ליידע את החשוד בדבר זכותו לייצוג משפטי קמה לאחר שהקצין הממונה החליט לעצור את החשוד. בעוד שלפי הוראות סעיף 1א227 לחש"צ חובה זו קמה ביחס לחייל כשלפי הדין קיימת אפשרות קרובה למדי שייעצר. שוני זה שנוצר בתחילה בעקבות פסיקתו של בתי הדין הצבאיים והוראות מצ"ח הפך לשוני הקבוע בחוק בשנת 1997.

נציין כי בתזכיר להצעת החוק בה תוקן חוק השיפוט הצבאי נקבע כי:

"בהצעה זו צה"ל עושה כבוד דרך לפני, ומאמץ הסדר העולה בקנה אחד עם רוחו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אף שמערכת החקירה והשפיטה האזרחית טרם הכירה בו"¹⁵¹.

עם זאת לא ברור מהי ההצדקה ליצור הבחנה בהקשר זה בין זכויותיו של חייל ובין זכויותיו של אזרח (כך למשל, במה שונה מעמדו של חייל בסוגיה מזה של שוטר מג"ב או תלמיד בתיכון). לדעתנו הגישה הקיימת כיום בחוק לפי התשובה לשאלה מהו הסטטוס של אדם חייל או אזרח קובעת את היקף ההגנה החוקתית לה הוא זכאי בסוגיה זו אינה ראויה ויש לקבוע הסדר זהה לחיילים ולאזרחים.

כמו כן נציין כי הן בהסדר האזרחי והן בהסדר הצבאי קיימת התעלמות ממטרתה של חובת היידוע על פי הפסיקה. כפי שראינו לעיל בהחלטתו של השופט אלון בפרשת סופיאן מטרתה של חובת היידוע במשפט הישראלי היא: "לסייע לאדם שנעצר, ונפשו טרודה, ועשוי הוא לא לדעת כיצד עליו לנהוג ומה עליו לעשות. אשר על כן זכאי הוא העצור, ומחוייבות הן הרשויות, שיוודעו לו על זכותו להיפגש עם עורך דין"¹⁵². נראה שמטרה זו מבוססת על הצורך ליידע אדם הנמצא במצב של לחץ נפשי בדבר זכויותיו. מכאן שאם רוצים לאפשר מימושה של מטרה זו יש להרחיב את חובת היידוע גם למקרים נוספים כגון עיכוב והליכי חקירה אחרים שעשויים ליצור מצב של לחץ נפשי אצל הנחקר, בדומה להלכה הרווחת במשפט הקנדי שסקרנו לעיל. שינוי זה בחקיקה נובע גם מהמהפכה החוקתית ששינתה את מאזן הכוחות והכירה בזכות הייצוג כזכות חוקתית שיש להעניק לה הגנה מוגברת בחוק. נציין כי השינוי ימנע מצבים בהם חוקרי משטרה

A. Sanders, "Access To Legal Advice & Police Malpractice" *Criminal Law Review* (1990) 494.

¹⁵¹ תזכיר חוק השיפוט הצבאי מיום 7 למאי 1996.

¹⁵² עניין סופיאן, לעיל הערה 9, שם.

עוצרים את החשוד רק בסיום החקירה כדי להמנע מליידע אותו על זכותו לייצוג משפטי (בדומה לעובדות פסק הדין בעניין יששכרוב).

ד. זכות החשוד לפגוש את עורך דינו

1. תוכנה של הזכות

זכותו של החשוד להיוועץ בעורך דין הוכרה כאמור במשפט הישראלי בפסיקה עוד לפני הסדרתה המפורשת בחוק המעצרים. כיום הוראות סעיף 34 לחוק קובעות במפורש כי לכל עצור קיימת זכות להיפגש עם עורך דין ולהיוועץ בו. זכות זו יש לאפשר לעצור ללא דיחוי, ביחידות ובתנאים המבטיחים את סודיות השיחה.

עם זאת, למרות הסדרה של הזכות בחוק ופסקי הדין של בית המשפט העליון המכירים בזכות כזכות חוקתית, שמעמדה התחזק לאחר המהפכה החוקתית, החוקים הקיימים כיום בסוגיה אינם מבטיחים הגנה מספקת לזכות זו. כך למשל, הזכות ניתנת להתנאה על ידי החשוד, כאשר בניגוד למרבית שיטות המשפט אותן סקרנו לעיל אין התביעה חייבת להוכיח כי החשוד ויתר באופן מודע על זכותו אלא הנטל במשפט הישראלי כיום הוא על החשוד להוכיח כי נמנעה ממנו זכותו לפגוש בסניגור. הוכחה שאינה פשוטה כלל ועיקר, במיוחד לאור העובדה כי לרוב בית המשפט יצטרך להכריע במקרים מסוג זה האם אמינה יותר גרסת החשוד או גרסת החוקרים. נקודה נוספת שאינה מוסדרת בחוק, ובכך למעשה יוצרת פרצה בהסדר החוקי היא בשאלה, האם יכול החשוד לממש את זכותו על ידי שיחת טלפון לעורך דינו. נראה שכיום בהיעדר הסדר תוכלנה רשויות החקירה, מסיבה זו, לסרב לבקשתו של החשוד להיוועץ בעורך דינו בטלפון.

חסרון נוסף בדין הישראלי בסוגיה זו הוא שאין הוא קובע הוראות המונעות מרשויות החקירה לחקור את החשוד לפני שמימש את זכותו להיוועץ בעורך דין¹⁵³. כך למעשה האינטרס של רשויות החקירה הוא לעכב ככל האפשר את הפגישה בין הסניגור לחשוד כדי לנסות ולחקור את החשוד בטרם קיבל ייעוץ משפטי שעלול לסכל את המשך החקירה. לאור העובדה שלרוב כל המגעים בין עורך הדין לבין החשוד נעשים עד לפגישה באמצעות המשטרה נוצר כאן פתח המאפשר לחוקרים לעכב במכוון את הפגישה כדי לאפשר חקירה של החשוד מבלי שיוועץ בסניגורו¹⁵⁴. בנוסף לכך אין בחוק קביעה תוך כמה זמן צריכה להתקיים הפגישה בין החשוד ועורך דינו, עובדה המקלה על האפשרות של רשויות החקירה לעכב ככל היותר את הפגישה בין החשוד לסניגור¹⁵⁵.

¹⁵³ יש לציין כי פסיקת בית המשפט העליון בנקודה זו קובעת במפורש כי ניתן לחקור את החשוד אף אם זה לא מימש את זכותו לייצוג משפטי (עניין זכאי, לעיל הערה 135, עמ' 60).

¹⁵⁴ **ביין, לעיל** הערה 12, עמ' 118 – 120.

¹⁵⁵ **גרשוני, לעיל** הערה 15, עמ' 172 – 173.

נקודה נוספת בה אין מוקנית הגנה מספקת לזכותו של החשוד להיוועץ בעורך דינו היא האפשרות של רשויות החקירה ושל בתי המשפט לדחות את מימושה של זכות הייצוג על ידי הטלת איסור על החשוד לפגוש את עורך דינו.¹⁵⁶

2. דחיית הפגישה

כפי שציינו לעיל, סעיף 34 (ב) לחוק קובע כי במידה שעצור מבקש להיפגש עם עורך דין חובה לאפשר זאת ללא דיחוי. אולם, לסעיף זה חריגים רבים הקבועים בסעיפים 34 ו-35 לחוק. חריגים אלה מאפשרים לרשויות החקירה במגוון רחב של מקרים לדחות את הפגישה לתקופות זמן ארוכות יחסית. האפשרות לדחייה מתחלקת בחוק למספר קטגוריות שבהן סמכויות שונות לדחיית הפגישה עם עורך דין.¹⁵⁷ נציין כי עם שלילת זכותו של החשוד להיפגש עם עורך דינו יש להודיע לו על כך באופן מיידי וניתנת לו האפשרות לתקוף את ההחלטה בערכאה השיפוטית המתאימה.¹⁵⁸ יש לציין כי סמכויות רחבות אלה של רשויות החקירה צומצמו במידה רבה על ידי הפסיקה שהגבילה את המקרים בהם ניתן לעשות בהן שימוש.¹⁵⁹ עם זאת, למרות התייחסות הפסיקה לדחיית הפגישה עם עורך דין כאל סמכות שאין לעשות בה שימוש

¹⁵⁶ הגבלה נוספת על הזכות לייצוג משפטי מצוייה במערכת המשפט הצבאית שם קיימת הגבלה על בחירת עורך דין עימו נפגש החשוד. שכן החשוד זכאי להיות מיוצג וממילא גם להפגש רק על ידי אדם שאושר לשמש כסניגור צבאי לפי סעיף 318 לחש"צ (גרשוני, לעיל הערה 15, עמ' 178).

¹⁵⁷ סמכויות דחיית הפגישה עם עורך דין המפורטות בסעיפים 34 ו-35 לחוק הן: (1) דחייה קצרה לשם מניעת פגיעה בהמשך החקירה - סעיף 35 לחוק מעניק לקצין משטרה בדרגת רב פקד ומעלה סמכות לדחות את הפגישה בין חשוד לסניגורו לפרקי זמן של מספר שעות. סמכות זו נועדה לשימוש במקרה בו החשוד נמצא בהליכי חקירה ואי דחיית הפגישה והפסקת החקירה עלול לסכן באופן ממשי את החקירה. (2) במידה וקצין בדרגת רב פקד סבור כי פגישת העצור עם עורך דין עלולה לסכל או לשבש מעצרים של חשודים נוספים באותו עניין רשאי הוא להורות על דחיית הפגישה לפרק זמן של עד 24 שעות משעת המעצר. (3) קצין משטרה בדרגת רב פקד רשאי שלא לאפשר פגישה לתקופה שלא תעלה על 48 שעות משעת המעצר, אם שוכנע שהדבר דרוש לשם שמירה על חיי אדם או לצורך מניעת פשע או אם מדובר בעבירת בטחון והפגישה עלולה לסכל את המשך החקירה. (4) בעבירות בטחון קיימת אפשרות לקצין משטרה לדחות פגישה עם סניגור ל-10 ימים, כאשר נשיא בית המשפט המחוזי רשאי להאריך תקופה זו פעם נוספת ל-21 יום. על סמכויות אלה נתונה לסניגור אפשרות ערעור בפני נשיא בית המשפט המחוזי אם מדובר בהחלטה של קצין משטרה, ובפני שופט בית המשפט העליון אם מדובר בהחלטת בית המשפט המחוזי.

יש לציין כי במערכת הצבאית לא הייתה קיימת בעבר סמכות לדחות את הפגישה עם סניגור שכן לא נקבעו בחוק חליפים לגורמים האזרחיים האמורים. מצב זה תוקן לאחרונה עם תיקונו של סעיף 227 לחש"צ. ראה גם גרשוני, לעיל הערה 15, 191 – 192.

¹⁵⁸ סופיאן, לעיל הערה 9, שם.
¹⁵⁹ בג"צ 6302/92 רומחיה נ' משטרת ישראל, פ"ד מז(1) 209, בג"צ 128/84 חזן נ' מאיר, פ"ד ל"ח(2) 24, 27 וכן בג"צ 4965/94 קהלני ואח' נ' שר המשטרה (לא פורסם).

אלה במקרים חריגים, רשויות החקירה משתמשות בסמכות זו לעתים תכופות בעיקר בחקירת עבירות על רקע בטחוני¹⁶⁰.

בהשוואה למדינות אחרות בעולם סמכויות רשויות החקירה הישראליות לעכב את הפגישה עם עורך דין לתקופה של 21 יום הן דרקוניות במידה רבה. ספק רב אם ניתן יהיה להצדיק סמכות זו גם ביחס לדמוקרטיה אחרות המצויות במצב בטחוני דומה למדינת ישראל כגון צפון אירלנד שם ניתן להשהות פגישה עם סניגור בעבירות הקשורות בטורר לתקופה מקסימלית של 48 שעות¹⁶¹. נראה שבהתחשב באופייה הדמוקרטי של מדינת ישראל ראוי לפקח על השימוש שנעשה בסמכויות אלה על ידי רשויות החקירה השונות בצורה מסודרת יותר. יש לציין כי כיום אין נתונים מסודרים על השימוש בסמכויות אלה וקשה לעמוד על היקף התופעה והשפעותיה.

ה. נוכחותו של עורך הדין בהליכי חקירה

החוק הישראלי אינו דן כלל בשאלה האם עורך הדין רשאי להיות נוכח בהליכי חקירה מסוימים. כך למעשה הותר המחוקק את שיקול הדעת להכריע בשאלה זו לבתי המשפט השונים, שפסקתם בנושא מועטה באופן יחסי. במסגרת סקירת מרכיב זה של הזכות לייצוג משפטי נתמקד בשתי הסיטואציות העיקריות במהלך החקירה, שאף עלו במסגרת פסקת הערכאות השיפוטיות השונות: מסדר זיהוי וגביית עדות חשוד. כפי שנראה להלן הגישה שהובעה על ידי בתי המשפט בשאלות אלה אינה אחידה ומציבה סימני שאלה בדבר הקוהרנטיות של הדין הישראלי בסוגיה זו כיום.

1. הזכות לנוכחות סניגור במהלך גביית עדותו של החשוד

אחד מפסקי הדין הראשונים בהם עלתה לראשונה שאלת זכותו של עורך דין להיות נוכח בהליכי חקירה היה בדיון הנוסף בעניין מפקד מצ"ח נ' פלוני¹⁶². באותו מקרה נדונה השאלה האם רשאי עורך דינו של קצין בצבא שנחשד בביצוע עבירות מין כלפי שתי חיילות להיות נוכח במהלך חקירתן של שתי המתלוננות. בעת מתן פסק הדין הייתה בחש"צ הוראה ספציפית בנושא זה שיצרה הסדר שונה מההסדר בדין הפלילי "הרגיל". הוראה זו שהייתה קבועה באותה עת בסעיף 264 לחש"צ קבעה כי:

¹⁶⁰ ראה: A. Feldman "The Right to a Fair Trial In Israel" **The Right To a Fair Trial** (Editors D. Wiessbrodt, R. Wolfrum, Springer, Berlin, 1997) 457, 468.

¹⁶¹ **Grote**, לעיל הערה 8, עמ' 722, לשם השוואה בצרפת ניתן להשהות את הזכות בעבירות חמורות למשך 35 שעות.

¹⁶² ד"ר 13/74 מפקד משטרה צבאית חוקרת ואח' נ' פלוני, פ"ד ל (3) 617.

"רשאי הנאשם (הכוונה בסעיף היא לחשוד), בין אם הודעה לו האשמה ובין אם לאו, לדרוש מאת הקצין הבודק (על פי הוראת סעיף 252 לחש"צ חוקר מצ"ח הוא קצין בודק) לשמוע אותו ולהזמין ולשמוע עדים להגנתו, וכן לתת לו אפשרות לחקור חקירה שכנגד כל עד שהעיד לחובתו, אלא אם כן נגבתה העדות בפני הנאשם וניתנה לו אפשרות לחקרו חקירה שכנגד".

הקצין החשוד ביקש בהתאם להוראות הסעיף לצרף את עורך דינו כדי שזה יוכל לחקור את העדות כנגדו בחקירה נגדית. משסורבה בקשתו על ידי מפקד מצ"ח עתר לבג"צ בסוגיה זו. בג"צ¹⁶³ קיבל את העתירה ברוב של שני שופטים כנגד דעת מיעוט של שופט אחד, בקובעו כי סניגור רשאי מכוח סעיף 22 לחוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א - 1961, כללי הצדק הטבעי והיעדר הוראה השוללת נוכחות עורך דין בהליך להיות נוכח במהלך הליכי החקירה. על החלטה זו ערערו רשויות החקירה והמקרה נדון בדיון נוסף.

בדיון הנוסף בשאלה זו נקבע מפורשות כי על פי החש"צ אין לעורך דינו של חשוד זכות להיות נוכח במהלך חקירתו של חשוד, שכן על פי מטרתו של החוק ניתן לראות כי הוא קובע הסדר שלילי בנקודה זו. קביעה דומה קבע בית המשפט ביחס לחקירות משטרה וזאת מתוך הכרה בעובדה שנוכחות זו עלולה לסרב ולסכל את המשך החקירה. הנמקתו של בית המשפט בפסק הדין הסתמכה על הנחת היסוד על פיה¹⁶⁴:

"...אין הכרח ששלילת זכות הייצוג או צמצומה יהיו מפורשים בחוק ודי בכך שלפי מטרת החיקוק, מבנהו, וההוראות השונות המצויות בו, משתמע ברורות שכוונת המחוקק היא לשלול או לצמצם את זכות הייצוג."

כן קבע בית המשפט שהליכי חקירה אינם אלא צעד ראשון לקראת דיונים משפטיים שבהם תיפול ההכרעה הסופית ועל כן אין להקנות לו זכות לייצוג כבר בשלב זה. יש לציין כי נימוקים אלה שהיו נכונים לתחילת שנות ה-70¹⁶⁵ ספק אם יעמדו היום במבחן חוקי היסוד לאחר המהפכה החוקתית¹⁶⁶. נראה שלאור ההכרה בזכות לייצוג על ידי סניגור כזכות יסוד חוקתית, המסקנה המתבקשת היא ששלילתה בהליך מרכזי כגביית

¹⁶³ בג"צ 517/74 פלוני נ' מפקד מצ"ח, פ"ד כט (2) 169.

¹⁶⁴ מפקד מצ"ח נ' פלוני, לעיל הערה 162, עמ' 622.

¹⁶⁵ לביקורת על פסק הדין והנמקתו ראה גרשוני, לעיל הערה 15, עמ' 164 - 170.

¹⁶⁶ ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(3) 355, עמ' 421.

עדות מהחשוד¹⁶⁷, על ידי הסתמכות על פרשנות בדרך של הסדר שלילי, המנוגדת לעקרונות היסוד החוקתיים¹⁶⁸ אין לה מקום בדין הישראלי כיום. עם זאת, למרות מסקנה מתבקשת זו לא שונתה מאז פסק הדין בעניין פלוני מדיניות רשויות החקירה שלא לאפשר נוכחות עורך דין במהלך גביית אמרה מהחשוד¹⁶⁹.

2. נוכחות סניגור במהלך עריכת מסדר זיהוי¹⁷⁰

בשורה ארוכה של פסקי דין קבע בית המשפט כי לנאשם קיימת זכות יסוד לנוכחותו של עורך דינו כמשקיף בעת עריכת מסדר זיהוי "חי" ומסדר זיהוי תמונות, זאת ללא קשר לשלב בחקירה בו נערך המסדר. בית המשפט הגדיר את תפקידו של עורך הדין כמשקיף בלבד שתפקידו מתמצה בהבטחת תקינות ההליך, כך שאין לסניגור זכות להתערב במהלך המסדר וכל שיכול לעשות הוא להעיר הערות לאחראי על המסדר בדבר קיומם של גורמים שעשויים לפגוע באמינות הזיהוי. האחראי על עריכת המסדר חייב לרשום את הערות הסניגור בפרוטוקול מסדר הזיהוי ולנסות ולתקן. במידה שהסניגור נכח במסדר הזיהוי ולא העיר הערות בנקודה מסוימת לא ניתן יהיה לתקוף את תקינותו של מסדר הזיהוי בנקודה זו בשלב מאוחר יותר. כך למשל במידה שסניגור היה נוכח במסדר זיהוי לא יוכל לעלות במהלך המשפט טענות שהמשתתפים בו לא היו דומים במראם בגילם או בלבושם, אם טענות אלה לא הועלו על ידו במהלך מסדר הזיהוי.

כן נקבע בפסיקה כי על עורך מסדר הזיהוי מוטלות מספר חובות אקטיביות כדי להבטיח את נוכחותו של סניגור במסדר זיהוי¹⁷¹: עליו לברר האם החשוד מיוצג על ידי עורך דין, במידה שאינו מיוצג יש להסביר לו כי יש לו זכות לייצוג משפטי ולנוכחות עורך דינו במהלך מסדר הזיהוי, יש לעשות את כל הפעולות הדרושות לאיתור עורך הדין ולוודא כי

¹⁶⁷ על חשיבותם המרכזית של הליכי החקירה לאור מעמדה של "חזקת החפות" במשפט הישראלי כיום ראה מ. לינדרשטראוס "חזקת החפות" במשפט הישראלי ובמשפט האמריקני-סוגיות נבחרות (1999).

¹⁶⁸ ב' אוקון וע' שחם "הליך ראוי ועיכוב הליכים שיפוטי" המשפט ג' (התשנ"ו-1996) 265, וכן ברק, לעיל הערה 22, שם. השווה לשינוי ההלכה שהייתה נהוגה בנושא העילות למעצר עד תום ההליכים בעקבות המהפכה החוקתית בהלכת גנימאת, לעיל הערה 3, שם.

¹⁶⁹ יש לציין כי לאחרונה דחה בג"ץ עתירה שהוגשה על ידי עמותה ציבורית כנגד משטרת ישראל שבקשה לחייב את משטרת ישראל לאפשר לעורך דינו של חשוד להיות נוכח במהלך החקירה, במידה והחשוד הביע את רצונו לכך. עתירה זו התבססה בעיקר על הנימוק המוזכר לעיל ונדחתה על ידי בית המשפט בטענה שמדובר בעתירה תיאורטית שאין לדון בה אלא במקרה ספציפי בו המשטרה מונעת מעורך דין להיות נוכח בעת חקירת חשוד (ראה בג"ץ 6621/99 מגן-למען קידום זכויות הפרט בהליך הפלילי נ' משטרת ישראל ואח' (לא פורסם)).

¹⁷⁰ י. קדמי על הראיות- הדין בראי הפסיקה (1991) חלק שני, עמ' 577 – 579.

¹⁷¹ ע"פ 648/77 קריב נ' מ"י, פ"ד לב(2) 180 וכן ראה סיכום ההלכות הרלוונטיות בספרו של י. קדמי על הראיות- הדין בראי הפסיקה (1997) חלק ראשון, עמ' 509 – 510.

הוא יודע על מקום עריכת מסדר הזיהוי¹⁷². במידה שמסדר הזיהוי מתקיים ללא נוכחות עורך דין אין בכך אוטומטית כדי לפסול את הראייה. אך כאשר לא התקיימו מאמצים סבירים להבטחת נוכחותו של הסניגור במסדר הזיהוי יהיה בכך כדי לפגום במידה ניכרת במשקלו הראיתי של מסדר הזיהוי ולהביא לכך שהזיהוי יהיה נטול כל משקל¹⁷³.

3. סיכום

כפי שניתן לראות, גישת המשפט הישראלי בסוגיה זו אינה אחידה וספק עם עומדת במבחנים החוקתיים שנקבעו בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו. מחד, ביחס לנוכחות סניגור בעת גביית אמרת חשוד, קובע בית המשפט הישראלי עמדה שמרנית למדי המבוססת על המשפט האנגלי שלפני התיקון ב – PACE לפיה אין לאפשר לעורך דין להיות נוכח בחקירה. מנגד, במסדר זיהוי מציג בית המשפט גישה ליברלית ביותר המעניקה לחשוד זכויות רחבות ביותר שאינן מקובלות במרבית המדינות לנוכחות מלאה במסדרי זיהוי מבלי להתחשב בשלב עריכתם בין כשמדובר במסדר זיהוי "רגיל" ובין במסדר "זיהוי בתמונות".

בהקשר זה נציין כי על פי המלצות דו"ח ועדת גולדברג¹⁷⁴ יש להתיר נוכחות עורך דין במהלך הליכי החקירה במידה שזו אינה מוקלטת ברשמקול או מצולמת בווידיאו כהמלצת הוועדה. לדעת הוועדה מצלמות הווידיאו תבטחנה את תקינות החקירה ולכן במקרים אלה אין חובה שתהיה נוכחות עורך דין בהליכי החקירה. עם זאת מחקרים באנגליה¹⁷⁵ בה מופעלת שיטה זו מוכיחים כי אין במצלמות הווידיאו או בקלטות הרשמקול כדי להבטיח את תקינות החקירה, בשל העובדה שניתן בקלות יחסית לבצע פעולות חקירה או להפעיל על החשוד לחצים בלתי הוגנים בלא שהדבר יתועד במצלמות הווידיאו או בהקלטות הרשמקול. כך שנראה שמסקנה זאת, עם כל הכבוד, מתעלמת מהצורך להבטיח את הוגנות החקירה על ידי מתן האפשרות להפגש עם עורך דין.

¹⁷² מעניין לציין כי בע/ 244/84 טור' רועי נ' התצ"ר (לא פורסם) הובעה דעה שונה על ידי בית הדין הצבאי לערעורים. בפסק הדין נפסק כי אין מצ"ח צריכה להמתין עד שחשוד ישכור סניגור בטרם עריכת מסדר זיהוי וכן אין רשויות החקירה חייבות ליזום מינוי סניגור לחשוד במקרה זה. נראה שמשמעותו של פסק דין זה קהתה במידה רבה לאור פסיקתו המנחה של בית המשפט העליון בסוגיה והמהפכה החוקתית.

¹⁷³ ע"פ 559/77 מאירי נ' מ"י, פ"ד לב(2) 180, ובעיקר דבריו של השופט ח. כהן בעמ' 182 בהתייחס לאי נוכחותו של עורך דין במסדר זיהוי בניגוד לפסיקת בית המשפט העליון. באותו מקרה לא היה מוכן בית המשפט לייחס שום משקל הוכחתי למסדר הזיהוי בתמונות שהתקיים בהיעדר הסניגור וכתוצאה ישירה מקביעה זו קבע כי הנאשם זכאי בדין מחמת הספק.

¹⁷⁴ דו"ח ועדת גולדברג, לעיל הערה 1, עמ' 27 – 29.

¹⁷⁵ א. קמר "דבר מה מפי הנאשם" פלילים ה' כרך 1 (תשנ"ו) 277, בעיקר האיזכורים והטקסט בה"ש 17.

נראה שהפתרון הראוי בסוגיה זו יהיה לקבוע בדין הישראלי כללים ברורים ופומביים¹⁷⁶, שיקבעו לאחר דיון ציבורי. לדעתי יש לאפשר במסגרת כללים אלה נוכחות עורך דין בעת גביית עדות החשוד ובעת עריכת מסדר זיהוי, כמו גם בעת עריכת הליכי חקירה אחרים שאינם מוסדרים כיום בחוק או בפסיקה שאין בנוכחות עורך דין כדי לפגום בהתקיימותם¹⁷⁷ (כגון: בדיקות נשיפה, בדיקות שתן לגילוי סמים וכו'). יש להותיר חריג לכללים אלה במקרים בהם קצין משטרה בדרגה בכירה יאשר שדחיפות החקירה או "סטריליות החקירה" אינם מאפשרים נוכחות עורך דין. מובן שבכללים אלה יש להסדיר פרוצדורה ברורה של הודעה לעורך דין על קיום ההליכים כמו גם סנקציות בדין המשמעתי ובמשקל הראיות המושגות במידה ומופרות הוראות אלה¹⁷⁸. נראה שבסוגיה זו ניתן ללמוד מהניסיון המשפטי של המשפט האנגלי בסוגיה ולקבוע כללים בדין הישראלי הדומים ל Code of Practice שיבטיחו שמירתם של זכויות החשוד בהליכים אלה.

5. סוף דבר

כפי שצינו במובאה שהובאה בראשיתו של מאמר זה מפי השופט פרנקפורטר, ההיסטוריה של החירות היא במידה רבה ההיסטוריה של שמירת ההגנות הפרוצדורליות¹⁷⁹. אמנם במבט ראשון נראים "חוקי הצייד" כנושא טכני, מקצועי, אך למעשה כללים אלה הם המבטיחים את זכויות היסוד החוקתיות וביניהן הזכות לייצוג משפטי בהליכי החקירה¹⁸⁰.

במאמר זה ראינו כי הדין הישראלי כיום אינו קובע כללים ברורים בסוגיה ומותיר שאלות חשובות רבות מדי ללא מענה. חוסר בהירות זו פוגעת בשני הצדדים: הן בחוקר שאינו יודע מה אסור ומה מותר והן בחשוד שזכויותיו אינן מובטחות על פי הדין הקיים. מצב זה עלול לגרום לתוצאות קשות של פגיעה בזכויות החשודים ובכבוד האדם מחד ושל העמדה לדין משמעתי או פלילי של חוקרים שחרגו מסמכותם מבלי דעת מנגד.

המסקנה המתבקשת ממאמר זה היא שיש צורך בהסדרם המשפטי המפורט של כללי החקירה בדין הישראלי בסוגיית הזכות לייצוג על ידי סניגור בהליכי חקירה ובהיבטים הרחבים יותר המתייחסים לכל הליכי החקירה. לדעתי אין להסתפק בהסדרת כללים אלה בהוראות הפנימיות של רשויות החקירה. הוראות אלה אינן מתפרסמות ברבים ואין הן

¹⁷⁶ לחשיבות פומביות הוראות אלה והבעייתיות הנוצרות כתוצאה מאי פירסומם ראה **ליבאי, לעיל** הערה 10, עמ' 186.

¹⁷⁷ השווה לעמדתו הדומה של א' שטרוזמן "הגנת החשוד מפני הודאת שווא" **המשפט א'** (1993), עמ' 223 – 224.

¹⁷⁸ לעניין זה ראה **ביין, לעיל** הערה 6, שם. כן ראה **ליבאי, לעיל** הערה 10, עמ' 186.

¹⁷⁹ **McNabb v. U.S.** 318 U.S. 332, 347 (1943)

¹⁸⁰ **ביין, לעיל** הערה 6, עמ' 141 – 143.

עוברות תהליך של דיון ציבורי ההכרחי לשם מציאת האיזון הנכון בין האינטרסים והערכים השונים בסוגיה. יש צורך בקביעת כללים אלה על ידי הכנסת או על ידי ועדה ציבורית שתוכל לבחון את התמונה המלאה ולעמוד על מכלול השאלות העולות בסוגיה¹⁸¹. נראה שבקביעת כללי החקירה ראוי יהיה להיעזר במשפט ההשוואתי ככלי עזר כפי שנעזרנו בו בעבודה זו.

לסיכום, אין לראות בקביעתם של כללי החקירה בדין כתרופת פלא שתמנע את הבעיות הרבות עליהם עמדנו במאמר זה. אך אין ספק שזהו צעד אחד בכיוון הנכון שעשוי לפתור בעיות רבות בעתיד.

¹⁸¹ השווה למסקנותיו של **בין, לעיל** הערה 6, עמ' 142 – 143.